# Mitwirkendes Verschulden von Hilfspersonen.

## Inaugural-Dissertation

zur

## Erlangung der Doktorwürde

einer

**Hohen Juristischen Fakultät**
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
**Heinz Freytag**
Referendar in Magdeburg

Marburg 1926.

Berichterstatter:

**Geheimer Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard.**

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen
lieben Eltern gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554609_0033

# Einleitung.

Die Frage der Schadensverteilung ist eine der wichtigsten jeder Rechtsordnung. Es wird zunächst die Person den Schaden, der in ihrer Rechtssphäre entstanden ist, regelmäßig selbst zu tragen haben. Hat aber ein Dritter ihr diesen Schaden zugefügt, so wird sie bemüht sein, auf ihn die Schadenslast abzuwälzen. Hierzu ist sie imstande, wenn das Gesetz den Dritten verantwortlich macht. Oftmals tritt aber der Fall ein, daß eine Schadenstiftung durch mehrere erfolgt ist, und zwar hat sowohl ein Dritter als auch der Beschädigte selbst den Schaden herbeigeführt. In diesem Falle würde es der Billigkeit widersprechen, wolle man von dem Dritten den Ersatz des ganzen Schadens verlangen. Für den Schaden, den jemand aus eigenen Verschulden erlitten hat, kann er nicht andere verantwortlich machen.

Man hat daher bei Schadensersatzansprüchen diesem eigenen Verschulden schon früh eine Beachtung geschenkt. Im römischen und gemeinen Recht fiel bei einer schuldhaften Mitwirkung jeder Ersatzanspruch weg. Das Bürgerliche Gesetzbuch sucht diese Frage im § 254 zu lösen. Es ermöglicht eine gerechte Beurteilung des Einzelfalls, da der Richter auch eine Kürzung des Ersatzanspruches vornehmen kann und schafft damit eine billige Regelung der Schadensverteilung.

Die wenig klare Fassung dieser Bestimmung führt zu zahlreichen Streitfragen, die teilweise in hohem Grade von praktischer Bedeutung sind. Naturgemäß sind sie daher schon einer umfangreichen Bearbeitung unterzogen worden. Trotzdem halte ich mich für berechtigt, eine der verschiedenen Streitfragen herauszugreifen: den Einfluß des mitwirkenden Verschuldens von Hilfspersonen auf die Schadensei-

satzforderung des Beschädigten. Es soll versucht werden dieses so bedeutende Problem zu beantworten. Eine wissenschaftliche Klärung erscheint umso berechtigter, als die Hauptvertreter der Wissenschaft sich von jeher scharf gegen die Stellung der Judikatur zu dieser Frage gewandt haben. Es soll die Ansicht der Judikatur, besonders des Reichsgerichts, verteidigt und in das richtige Licht gesetzt werden. Dazu wird es nötig sein, zunächst das mitwirkende Verschulden des Beschädigten selbst zu betrachten. Es können hier nicht alle Fragen mit derselben Gründlichkeit bearbeitet werden. Sie werden nur dann einer genaueren Untersuchung unterzogen, wenn sie für die Beantwortung unserer Spezialfrage selbst von Wichtigkeit sind.

Es sollen dann die Voraussetzungen der Haupthaftungsbestimmungen für schädigendes Verhalten Dritter, §§ 278 und 831, dargestellt werden, um nach Erkenntnis des Prinzips der Haftung für Dritte eine richtige Lösung der Frage des Einflußes ihres mitwirkenden Verschuldens im letzten Teil dieser Arbeit zu geben.

# I. Teil.

## Mitwirkendes Verschulden des Beschädigten.

### I. Das Mitwirken des Beschädigten bei der Schadensentstehung.

Betrachten wir die Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit des § 254 BGB, so muß zunächst der Beschädigte bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben. Es ist der Begriff „Entstehung des Schadens" zu erklären. Richtet man in dem einzelnen Falle sein Augenmerk auf den Schaden selbst, so kann man in dem schädigenden Ereignis allein die Entstehung des Schadens erblicken. Legt man dagegen auf die Ersatzpflicht des Täters das Gewicht, so ist die Entstehung des Schadens erst dann beendigt, wenn die Folgen der schädigenden Handlung abgeschlossen sind. Es ist also nicht nur die schädigende Handlung, das Ereignis, welches den Ausgangspunkt der Haftung darstellt, sondern auch die weitere Entwicklung des Schadens von seinem ersten Auftreten an unter Entstehung des Schadens zu verstehen[1]). Erst wenn die Gesamtheit aller Erscheinungen eingewirkt haben und keine weiteren schädlichen Folgen zu erwarten sind, ist die Entstehung beendet. Der Schaden ist fertig da, für den die Ersatzpflicht eintreten soll. Hiermit wird stillschweigend für eine Anwendung des § 254 vorausgesetzt, daß eine zum Schadenersatz verpflichtete Person, der Schädiger, vorhanden ist. Der Grund seiner Ersatzverpflichtung ist gleichgültig. Besonders auch dem schuldlos Haftenden gegenüber findet diese Bestimmung Anwendung, so z. B. gegenüber der Haftpflicht des Tierhalters aus § 833, des

[1]) Staudinger zu § 254, 2.

Jagdberechtigten aus § 835, der Eisenbahn aus dem Reichshaftpflichtgesetz[1]). Ferner wird nicht verlangt, daß in dem Zeitraum vom schädigenden Ereignis bis zum fertigen Schaden, der endlich ersetzt werden soll, ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat. Der Wortlaut „bei der Entstehung" läßt zu, daß das schadenbringende Tun des Beschädigten der Schadenstiftung des Schädigers vorangeht. In diesem Falle würde das Verhalten des Beschädigten vor dem schädigenden Ereignis des Schädigers liegen, aber erst mit ihm zum Vorschein und zur Geltung kommen. Es wirkt auch mit zur „Entstehung des Schadens"[2]).

Wenn wir uns einer Erklärung des Ausdrucks „mitwirken" zuwenden, so zeigt schon das Wort selbst, daß neben dem Verhalten des Schädigers noch ein treibendes Moment vorhanden sein muß, das den Gesamtschaden mit herbeigeführt hat. Der Beschädigte muß den Schaden mitverursacht haben. Er muß eine Bedingung für ihn gesetzt haben, damit die Folgen des § 254 eintreten. Diese Erklärung führt uns zu dem vielumstrittenen Kausalitätsproblem. Nur die Hauptmomente dieses Problems sollen hier Erwähnung finden. Bei ihm handelt es sich um die Frage, welches ist die Ursache für den Eintritt eines Erfolges. Der Ursachenbegriff der Philosophie konnte für die Rechtswissenschaft nicht verwendbar sein, sie mußte ihre eigenen Wege gehen.

So sagt Buri[3]), Ursache im Rechtssinne ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der eingetretene Erfolg ausbleibt. Die Tatsache muß eine Bedingung, eine conditio sine qua non, für das eingetretene Ereignis sein. Er war der Begründer der sog. Bedingungstheorie, die den Ursachenbegriff aus der Gleichwertigkeit der Bedingung folgert. Diese uneingeschränkte Bedingungstheorie, wie auch die Ansicht derer, die die letzte (Oertmann) oder die wirksamste (Birkmeyer) Bedingung als Ursache für ein eingetretenes Ereignis angesehen wissen wollen, führt zu unbilligen und unbefriedigenden Ergebnissen. Erst die Theorie

[1]) Vgl. Staudinger, a. a. O.; Enneccerus § 236.
[2]) Vgl. z. B. JW 07 S. 9.
[3]) § 8 Traeger vgl.

der sog. adäquaten Verursachung schuf die Grundlage für eine annehmbare Lösung der Kausalitätsfrage. Sie lehrt, daß nicht schon dann, wenn irgend ein ursächliches Moment für den Erfolg vorhanden ist, eine Bedingung im Rechtssinne vorliegt. Nur diejenige Bedingung, die generell geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen, kann rechtlich als Bedingung gewertet werden. Um nun zu brauchbaren Ergebnissen zu kommen, fragt es sich, wie die generelle Geeignetheit der Bedingungen festzustellen ist.

Von den Vertretern der Haupttheorien will Kries für die Bildung des Möglichkeitsurteils den Standpunkt des Täters entscheidend sein lassen. Rümelein dagegen beachtet nicht nur den subjektiven Standpunkt des Täters, sondern stellt noch eine objektive Betrachtungsweise auf. Alle Bedingungen, die irgendwie erkennbar zur Zeit der Handlung schon vorgelegen haben, aber auch die, die damals noch nicht erkennbar, erst später aufgedeckt worden sind, sind bei der Bildung des Möglichkeitsurteils zu verwerten. (Theorie der adäquaten Verursachung vom Standpunkt der nachträglichen Prognose[1]).

Während sich die Theorie von Kries darin zu eng erweist, daß nur die Erkennbarkeit des Täters zur Zeit der Verursachung erforderlich ist, infolgedessen wohl oftmals eine Verquickung von Kausalität und Verschulden eintritt[2]), verfällt die Ansicht Rümelins in das entgegengesetzte Extrem. In der Folgerung seiner Ansicht erweisen sich zu viele Bedingungungen als generell geeignet, sodaß man zu unbilligen Entscheidungen kommen muß[3]).

Zwischen diesen beiden Theorien finden wir eine vermittelnde Ansicht, die besonders Traeger vertritt[4]). Nach ihm ist die Frage der Erkennbarkeit vom Standpunkte des erfahrensten und einsichtigsten Menschen zu beurteilen, das ist vom Standpunkt des Richters, der falls er sich selbst

[1]) Vgl. Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. 90,189 ff.
[2]) Planck, § 249, 4.
[3]) Besonders Fall bei Traeger, S. 144.
[4]) Auch Enneccerus nähert sich diesen Ausführungen.

diese Einsicht nicht zutraut, Sachverständige zu Rate ziehen kann und soll[1]). Sein Begriff der adäquaten Bedingung lautet also: eine sich als conditio sine qua non eines bestimmten Erfolges erweisende Handlung oder sonstige Begebenheit ist dann adäquate Bedingung des Erfolges, wenn sie generell begünstigender Umstand eines Erfolges von der Art des eingetretenen ist, d. h. wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht. Folgt man dieser Theorie, so wird das freie richterliche Ermessen gemäß § 287 ZPO für die meisten Fälle eine billige Entscheidung finden[2]).

Nach diesen Ausführungen ist also der Begriff des Mitwirkens in § 254 dann erfüllt, wenn trotz vorhandenem adäquatem Kausalzusammenhang zwischen der haftungsbegründenden Tatsache und dem eingetretenen Schaden auch der Geschädigte eine für den Schaden im oben erwähnten Sinne kausale Bedingung gesetzt hat. Haben zu einem Erfolge mehrere ursächliche Momente geführt, die teils vom Schädiger, teils vom Beschädigten gesetzt sind, so haben wir den Fall einer mitwirkenden Verursachung.

## II. Das Verschulden des Beschädigten.

Die mitwirkende Verursachung muß in einer schuldhaften Handlung des Beschäftigten bestehen. Dies ist in der Fassung des § 254 nicht ganz klar ausgedrückt[3]), denn ein Verschulden kann nichts bewirken, wenn nicht das Verschulden zu einer menschlichen Handlung in Beziehung gesetzt wird. Kausal für einen Erfolg kann nur ein menschliches Verhalten sein, das um die Anwendung des § 254 zu ermöglichen, schuldhaft sein muß.

Streit herrscht darüber, wie der Begriff „Verschulden" in § 254 zu verstehen ist. Ist er dem gewöhnlichen Verschulden, das unser Gesetz kennt, gleichzustellen, oder kommt ihm hier eine andere besondere Bedeutung zu?

---

[1]) [2]) Vgl. Rosenthal, S. 23;
Zu allem Traeger, a. a. O. S. 161.
[3]) Vgl. RG 54, 411.

Wenn wir zunächst nach einer Begriffsbestimmung des allgemeinen Verschuldens im Gesetze suchen, so werden wir nichts finden. Der Gesetzgeber hat uns keine Bestimmung gegeben. Wir nehmen mit Enneccerus[1]) an, Verschulden ist ein Willensfehler, vermöge dessen eine Person für ein Unrecht verantwortlich gemacht werden kann. Dieser Willensfehler, besteht darin, daß sie gehandelt hat, obwohl sie die schlimmen Folgen der Tat hätte bedenken und sich dadurch von der Tat abhalten lassen sollen. Das Verschulden verlangt also einen objektiven und einen subjektiven Tatbestand, subjektiv ein schuldhaftes äußeres Verhalten und objektiv einen Erfolg dieses Verhaltens, den das Recht mißbilligt[2]). Der Erfolg muß verursacht sein im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhanges durch die fehlerhafte Willensbetätigung, gleichzeitig muß er vom Rechte geschützte Güter verletzten. Er muß gegen die Rechtsordnung verstoßen, oder mit anderen Worten gesagt rechtswidrig sein. Erwähnt sei, daß bestimmte Gründe, z. B. Notwehr, Notstand die Rechtswidrigkeit ausschließen können. Der subjektive Tatbestand bedeutet die persönliche Beziehung des Handelnden zu seiner Betätigung, die das Gesetz entweder als Vorsatz oder als Fahrlässigkeit bezeichnet.

Vorsatz ist das Wollen der Handlung mit Bewußtsein des Erfolges und seiner Rechtswidrigkeit. Dies lehren die Anhänger der sog. Vorstellungstheorie. Nach ihnen genügt es, daß der Erfolg vorauszusehen war, der Täter also das Bewußtsein der Kausalität seiner Handlung gehabt hat. Dagegen verlangen die Anhänger der anderen Theorie, der Willenstheorie, noch weiterhin, daß der Täter den Erfolg gewollt hat, er ihn gewünscht hat. Da die Vorstellungstheorie die praktisch brauchbarere ist als die Willenstheorie, man aber im übrigen nach beiden Theorien meist zu dem gleichen Ergebnis gelangt, ist jene dieser vorzuziehen[3]).

Fahrlässigkeit ist im Gesetze in § 276 definiert als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Be-

---

[1]) a. a. O. § 196.
[2]) Vgl. Zitelmann, S. 151.
[3]) Vgl. Staudinger, Vorbem. zu § 275—282 II 1.

stritten ist, nach welchen Momenten diese Fahrlässigkeit zu bemessen ist. Die einen lassen nur subjektive Momente maßgeblich sein, indem sie auf die persönlichen Eigenschaften des Handelnden Rücksicht nehmen. Andere hingegen legen einen objektiven Maßstab an und lassen jeden, der hinter dem Normalmaß nicht nur an Sorgfalt, sondern auch auch an geistigen und körperlichen Kräften zurückbleibt, wegen Fahrlässigkeit haften. Da diese Ansicht oftmals zu ungerechter Haftung führen muß, aber auch die subjektive Anschauung in dieser Schärfe nicht haltbar ist, folgen wir einer vermittelnden Theorie[1]). Bei der gewöhnlichen Fahrlässigkeit (im Gegensatz zur konkreten) ist ein objektiver oder abstrakter Maßstab bezüglich der Aufmerksamkeit, bezüglich der Fähigkeit aber individueller oder subjektiver Maßstab zu wählen. „Die sittlichen Kräfte des Handelnden sind nach dem abstrakten Maßstabe, dagegen seine geistigen und körperlichen nach seiner eigenen Persönlichkeit zu bemessen."

Es taucht nun die Frage auf, gehört als Element zu den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit die Zurechnungsfähigkeit des Handelnden. Es wird vereinzelt in der Literatur die Ansicht geäußert, daß auch Handlungsunfähige verschuldensfähig seien. Wir können uns nicht zu den Anhängern dieser Ansicht[2]) bekennen. Für uns setzt der Begriff des Verschuldens als eines Willensfehlers voraus, daß die Person zur Zeit der schuldhaften Handlung willensfähig ist. Sie muß zurechnungsfähig sein, um für ihren fehlerhaften Willen verantwortlich gemacht werden zu können. Die §§ 827 und 828 geben uns Aufschluß darüber, wann die Zurechnungsfähigkeit fehlt und die Folgen dieser fehlenden Zurechnungsfähigkeit. Aus dem Wortlaut dieser Paragraphen suchen die Gegner unserer Ansicht ihren Standpunkt zu begründen. Die beiden Paragraphen schlössen nur die Verantwortlichkeit für den einem andern zugefügten Schaden, nicht über-

[1]) Vgl. Leonhard, Festschr. f. Enneccerus S. 36.
Vgl. auch Enneccerus § 197.

[2]) Oertmann, Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 74 S. 583 ff.
Pfizer, DJZ 1904 S. 711.

haupt das Verschulden, aus[1]). Besonders die natürliche Betrachtung weise darauf hin, daß Unzurechnungsfähige verschuldensfähig seien. Oertmann ist darin zuzustimmen, daß der Vorsatz eine Tatsache des Lebens ist, die das Recht nicht geschaffen sondern nur verwertet hat. Eine persönliche Beziehung des Täters zu seiner Tat kann ebensowohl bei Kindern und Geisteskranken wie bei Erwachsenen und Normalen bestehen. Doch allein es kommt nicht auf den rein tatsächlichen Begriff des Vorsatzes an, sondern eben darauf, wie die Rechtsordnung diesen Begriff verwertet hat. Für sie ist gerade der, dem ein Verschulden vorgeworfen werden kann, verschuldensfähig. Kinder unter 7 Jahren erklärt sie in § 828 für unverantwortlich weil man annimmt, daß ihnen das Bewußtsein der Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens fehlt[2]). Der Gesetzgeber hält sie für unzurechnungsfähig, mögen sie sich auch im Leben oftmals der schädlichen Folgen ihrer Willensbetätigung wohl bewußt sein. Hieraus ist aber zu schließen, daß die Zurechnungsfähigkeit im Rechtsleben ein notwendiges Erfordernis der Verschuldensfähigkeit ist. Wenn §§ 827, 828 sagen, solche Personen seien nicht verantwortlich, so darf daraus nicht gefolgert werden, es entfiele nur deswegen ihre Haftbarkeit. Hier sollte eine Regelung der wichtigsten Fälle niedergelegt werden. Besonders auch der Hinweis auf § 827, 828 in § 276 zeigt, wie Höchster[3]) mit Recht feststellt, daß das Gesetz bei Unmündigen, Geisteskranken, Bewustlosen die Möglichkeit eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns im Rechtssinne verneint, bei Taubstummen und Jugendlichen zwischen 7 und 18 Jahren sie davon abhängig macht, ob sie jene erforderliche Einsicht besitzen. Auch die Billigkeitshaftung des § 829 kann nicht zur Aufgabe unserer Ansicht zwingen. Diese Bestimmung ist eine Ausnahmevorschrift, nach der aus Billigkeitsgründen unter bestimmten Voraussetzungen eine Ersatzpflicht gegeben ist, obgleich eine Verantwortlichkeit des Täters infolge seiner Unzurechnungsfähigkeit an sich nicht gegeben wäre. Es ist

[1]) Pfizer, a. a. O.; Oertmann, a. a. O. Schultze S. 42.
[2]) Vgl. auch Elsaß, S. 35 f. Mehl, S. 32.
[3]) Höchster, a. a. O. S. 429 ff.

daher nicht durch § 829 anerkannt worden, daß auch Unzurechnungsfähige schuldfähig sind, sondern es ist das Prinzip durchbrochen worden, daß nur der Zurechnungsfähige für seine Handlung verantwortlich gemacht werden kann[1]).

Es fragt sich nun, ob auch diese soeben entwickelte technische Bedeutung des Begriffes „Verschulden" dem Verschulden in § 254 zukommt oder ob dies in einem anderen Sinne zu verstehen ist. Zweifel konnten besonders für die Frage der Rechtswidrigkeit des mitwirkenden Verschuldens entstehen. Es gehen besonders in diesem Punkte die Meinungen auseinander. Drei Hauptansichten lassen sich feststellen. Die einen glauben, daß sich der Verschuldensbegriff in § 254 in nichts von dem allgemeinen technischen unterscheide, er besonders das Merkmal der Rechtswidrigkeit besitzt. Die andern leugnen dies und kommen daher zu dem Ergebnis, unter „Verschulden" müsse hier „verursachen" verstanden werden. Eine dritte Ansicht endlich, die man als die herrschende bezeichnen kann, sieht in dem Verschulden des § 254 einen Begriff, der dem gewöhnlichen nahekommt. Ihm fehle nur das Moment der Rechtswidrigkeit, das man aber durch Ordnungswidrigkeit ersetzen könne.

Die Ansicht derer, die auch in dem mitwirkenden Verschulden die Verletzung einer Rechtspflicht erblicken, glaubt dies aus dem § 254 selbst folgern zu müssen. Gerade durch § 254 sei dem Schuldner dem Schädiger gegenüber eine Pflicht zur Schadensabwehr auferlegt[2]). Andere halten auch das Verschulden für rechtswidrig und zwar dem ersatzpflichtigen Gegner gegenüber. Aus dem Prinzip von Treu und Glauben ergebe sich eine direkte Rechtspflicht, mitwirkende Schädigungen zu unterlassen[3]). Besonders für den Abs. 2 des § 254 erscheint es Endemann[4]) als ein rechtlich anzuerkennendes Pflichtgebot, daß sich der Bedrohte nicht schlechthin der Schadenwirkung preisgibt, sondern zum Schutze

---

[1]) Mehl, S. 30.
[2]) Liszt, S. 84; Schollmeyer, § 254.
[3]) Rehbein S. 62; vgl. auch Elsaß S. 5.
[4]) a. a. O. 132, 2.

seiner Interessen eingreift, wie es einem besonnenen und redlichen Verkehrsgenossen ziemt.

Eine kleine Anzahl von Schriftstellern ist der Ansicht, daß ein Verhalten, durch welches jemand sich selbst schädige, von der Rechtsordnung nicht mißbilligt werden könne. Der Ausdruck „Verschulden" passe daher in § 254 nicht, sondern man habe hier das ausdrücken wollen, was der vulgäre Sprachgebrauch darunter versteht, wenn er sagt, „er ist schuld daran", die bloße Verursachung[1]).

In etwas anderer Fassung bringen Weyl und Crome[2]) denselben Gedanken, indem sie sagen, das Verschulden des § 254 habe mit dem Verschulden im eigentlichen Sinne nichts zu tun, man könne daher die Selbstschädigung als ein einfaches Rechtsereignis bezeichnen.

Die herrschende Lehre[3]) endlich sieht in dem Verschulden des § 254 ein Verschulden im abgeschwächt technischen Sinn, das sich darin von dem gewöhnlichen Verschulden unterscheidet, daß ihm das Moment der Rechtswidrigkeit fehlt. Ihre Anhänger stützen sich alle mehr oder weniger auf die Ausführungen Zitelmanns[4]), der wohl als Erster dieser Frage eine genauere Untersuchung schenkte. Es seien daher seine Ausführungen hier kurz erwähnt. Zitelmann stellt dem Begriff Verschulden „gegen andere" das Verschulden „gegen sich selbst" gegenüber. Der Unterschied beider Begriff liege in dem Objekt der Beschädigung: eigenes Verschulden (Verschulden gegen sich) bedeute Verschulden, welches den Schuldigen, fremdes Verschulden, welches einen Dritten beschädige. Das BGB spreche aber von solchem Verschulden auch da, wo kein Schaden erwachsen sei, von einem Objekt der Beschädigung also nicht geredet werden könne. Daher sei der Unterschied weiter dahin aufzufassen: in dem gewöhnlichen Falle des Verschuldens liege die Verletzung einer Rechtspflicht vor. In dem anderen Falle, des Ver-

[1]) So Endemann für Abs. 1; Crome, S. 497; Croissant S. 16; Bienenfeld a. a. O.

[2]) Weyl, S. 526; Crome, S. 494.

[3]) Staudinger zu § 254; Oertmann zu § 254; Planck zu § 254; Traeger § 52; v. Leyden S. 63; Rosenthal S. 40; Mehl S. 9 u. a.

[4]) Zitelmann, S. 152 f. und S. 166 f.

schuldens gegen sich selbst, mache das objektive Recht positiv rechtliche Vorteile oder die Vermeidung rechtlicher Nachteile davon abhängig, daß ein selbstschädigendes Verhalten nicht eingetreten ist ohne das gegenteilige Verhalten zu befehlen. Da das Gesetz eine Rechtspflicht zum Andershandeln beim Verschulden gegen sich selbst nicht kenne, so könne das Verhalten weder subjektiv noch objetiv rechtswidrig sein. Wenn nun aber trotzdem von Verschulden gesprochen würde, müßte das Verhalten „gemißbilligt" sein. Den Grund der Mißbilligung sieht Zitelmann darin, daß man es als eine ethische Pflicht des Menschen gegen sich selbst betrachte, sich nicht selbst Nachteile zuzufügen. Man mißbillige das Verhalten dieses Menschen daher von seinem eigenen Interessenstandpunkt aus. Wenn also das objektive Recht an das gegenteilige Verhalten einer Person Rechtsvorteile knüpfe, so verlange es zwar nicht, daß diese Person sich so verhalte, aber es verlange doch, daß sie, wenn sie auf jene Rechtvorteile Anspruch mache, sich so verhalte, wie es eben Voraussetzung für die Erlangung der Rechtsvorteile sei. So verwende die Jurisprudenz sogar den Begriff Pflicht; die Ausweitung dieses Begriffs gehe der Ausweitung des Verschuldensbegriffs völlig parallel.

Auf einen ähnlichen Standpunkt steht v. Leyden[1]), der auch die Rechtswidrigkeit des mitwirkenden Verschuldens leugnet und dafür Ordnungswidrigkeit setzen will. „Das eigene Verschulden wird gemißbilligt, weil die Willensbetätigung eine ordnungswidrige ist. Und sie ist eine ordnungswidrige, weil der Erfolg selbst für den Handelnden ein odnungswidriger ist."

U. E. muß man der Ansicht der herrschenden Lehre dahingehend folgen, daß im Falle der Anwendung des § 254 meist ein Verschulden im abgeschwächt technischen Sinne vorliegt. Der Begründung dieser Lehre können wir uns jedoch nicht anschließen, sondern möchten folgendes ausführen.

Ein Moment des Verschulden ist die Rechtswidrigkeit, wie wir früher erkannt haben. Verschulden ist = Pflicht-

[1]) v. Leyden, S. 67.

verletzung. Eine Rechtspflicht ist verletzt, wenn es dem Verletzten möglich ist, ein pflichtmäßiges Verhalten zu fordern, er einen klagbaren Anspruch auf ein solches Verhalten hat. Es fragt sich, ist der Verschuldensbegriff des mitwirkenden Verschuldens mit dem des gewöhnlichen Verschuldens identisch? Weist er besonders auch das Merkmal der Rechtswidrigkeit auf? Diese Frage kann nicht für alle Fälle in dem einen oder anderen Sinn beantwortet werden. Einige Beispiele mögen dies zeigen.

1. A erhält von B eine Maschine geliefert. A hat sich verpflichtet, bei dem Aufstellen der Maschine zu helfen. Durch beider Schuld wird die Maschine beim Aufstellen schwer beschädigt, sodaß sie unbrauchbar ist.

2. Der Grundstückseigentümer A hat sich vertraglich dem Hauseigentümer B verpflichtet, im Falle eines drohenden Einsturzes des Hauses des B und des damit verbundenen beträchtlichen Schadens auf dem Grundstück des A, dem B Nachricht zu geben. A versäumt dies schuldhaft, das Haus des B stürzt ein, und großer Schaden wird angerichtet.

Man wird nicht leugnen können, daß hier zwei Fälle des mitwirkenden Verschuldens vorliegen, auf die § 254 Abs. 1 bezw. Abs. 2 zutrifft. In beiden Fällen handelt es sich aber um vertragliche Verpflichtungen, die von dem Beschädigten A verletzt sind. Er hat sich einer Vertragsverletzung schuldig gemacht. Er ist seiner Schuldpflicht aus dem Vertrage nicht nachgekommen, wenn er auch zugleich an seinen eignen Gütern Schaden nahm. Ein Verschulden gegenüber seinem Vertragsgläubiger trifft ihn. Das ist aber das gewöhnliche Verschulden des § 276. In diesen Fällen enthält also das mitwirkende Verschulden eine Rechtspflichtverletzung gegenüber dem Schädiger. Es ist identisch mit dem gewöhnlichen Verschuldensbegriff[1]).

Natürlich werden Fälle dieser Art recht selten vorkommen. Wie ist zu unterscheiden, wenn eine solche bedungene Vertragspflicht nicht besteht, A half freiwillig seinem Schuldner B beim Aufstellen der Maschine. Das Haus des

[1]) Ähnlicher Gedanke wohl auch bei Elsaß, S. 19.

B droht auf das Grundstück des A einzustürzen. A bemerkt dies, hatte sich aber nicht zur Anzeige verpflichtet.

Es ist klar, daß hier von einer Rechtspflichtverletzung nicht geredet werden kann. Beschädigt A schuldhaft seine eigene Maschine oder hindert er nicht den Einsturz auf seinem Grundstück und den damit hervorgerufenen Schaden, so handelt er nicht rechtswidrig. Mit seinen eigenen Gütern kann jedermann verfahren, wie es ihm beliebt. Die Rechtsordnung kann ihn nicht daran hindern. Dies war eine Betrachtung der Dinge vom eigenen Standpunkt des Selbstschädigers aus.

Nun liegen aber die Fälle des mitwirkenden Verschuldens nicht so, daß die Rechtssphären Dritter überhaupt nicht berührt würden, sondern es liegt gerade ein „Mitwirken" vor. Durch das Zusammenwirken zweier Personen, des Ersatzpflichtigen und des Berechtigten, ist ein Schaden entstanden. Es muß also auch vom Standpunkt des Ersatzpflichtigen, des Fremdschädigers, das Verschulder des Ersatzberechtigten einer Betrachtung unterzogen werden. Auch ihm gegenüber kann eine Rechtspflicht nicht verletzt sein. Läge eine solche für ein bestimmtes Verhalten vor, so müßte dem Ersatzpflichtigen ein Forderungsrecht zustehen, ihm ein klagbarer Anspruch gegeben sein. Dies trifft aber nicht zu. Eine rechtliche Verpflichtung liegt demnach dem Beschädigten nicht ob. Dennoch kann und will die Rechtsordnung ein solches Verhalten nicht billigen und hat Rechtsfolgen im § 254 daran angeknüpft. Solange die Selbstschädigung nur in der Interessensphäre des Schädigers selbst bleibt und sie nicht darüber hinaus andere in ihrer Rechtssphäre berührt, hat die Rechtsordnung keinen Grund, eine Regelung zu treffen. Sie regelt das Zusammenleben der Menschen untereinander. Wenn sie also hier regelnd eingreift, so liegt eben nicht nur eine Verletzung des Selbstschädigers an seinen eigenen Gütern vor, sondern sein Verschulden enthält auch eine Berührung mit der Rechtssphäre Dritter[1]). Auch der Ersatzpflichtige hat ein lebhaftes wirtschaftliches Interesse, daß eine Mitwir-

[1]) Vgl. Weyl, § 58, 5.

kung unterbleibt oder unterblieben ist. Ist doch eine Schädigung des Dritten leicht denkbar, wenn auch gerade durch § 254 die Ersatzpflicht hintenan gehalten werden soll[1]). Zunächst schon bedeutet die Beweislast, die ihm obliegt, eine Schlechterstellung[2]). Dann kann er auch durch Mißlingen des Beweises der Mitwirkung oder durch Unkenntnis einer bestehenden Mitwirkung überhaupt eine direkte Schädigung erfahren[3]). Alles dies erzeugt auf der Gegenseite gewissermaßen eine Pflicht dem Ersatzpflichtigen gegenüber, nicht zu einer Schädigung mitzuwirken. Er ist zwar nicht Schuldner einer Pflicht im Rechtssinne, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben besteht für ihn eine Art Schuldnerpflicht. Man kann sie vielleicht in Anlehnung an Rümelin[4]). da sie nicht einklagbar ist, ihre Verletzung aber dennoch Rechtsfolgen nach sich zieht, eine indirekte Verpflichtung nennen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß das mitwirkende Verschulden nicht unbedingt rechtswidrig zu sein braucht, ja sogar nur in den wenigsten Fällen sein wird, man es also meist mit einem Verschulden im abgeschwächt technischen Sinn zu tun hat. Aber auch diese Art des Verschuldens kommt dem technischen Begriff recht nahe, indem man für rechtswidrig „pflichtwidrig" einsetzen kann. Auch andere Verschuldensformen, als die uns bekannten, nämlich Vorsatz und Fahrlässigkeit, zu suchen oder zu wählen, scheint uns kein hinreichender Grund vorzuliegen. Zwar wird es oftmals schwierig sein, im einzelnen Falle zu entscheiden, ob

---

[1]) Vgl. Oertmann § 254, 1 b.

[2]) Vgl. S. 63. 1. dieser Arbeit.

[3]) Vgl. Weil § 68, 6. Ähnl. auch Gottschalk, a. a. O. der zwar eine Rechtspflichtverletzung für gegeben erachtet.

[4]) Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 217. Bei der Untersuchung der Verpflichtung zur Abnahme aus dem Werkvertrag will er zwei Arten von Verpflichtungen auseinandergehalten wissen. „Neben der gewöhnlichen juristischen Verpflichtung, deren Erfüllung erzwungen werden kann, deren Verletzung Schadensersatzpflicht und Verzug eintreten läßt, kommt noch der andere Fall vor, daß einer Person Nachteile angedroht sind, die sie durch Vornahme bestimmter Handlungen vermeiden kann. Man könnte eine derartige Verpflichtung eine indirekte nennen und die gewöhnliche juristische Verpflichtung im Gegensatz dazu als direkte bezeichnen."

eine Pflichtverletzung vorliegt. Hier möge als Maßstab das Verhalten des redlichen und verständigen Mannes dienen.

Unsere Ansicht weicht besonders darin von der der herrschenden Meinung, als deren Begründer Zitelmann dasteht, ab, daß Zitelmann im Falle des mitwirkenden Verschuldens nur ein Verschulden gegen sich selbst sieht, das vom eigenen Interessenstandpunkt des Menschen selbst gemißbilligt wird.

Zunächst halten wir es in der Entwicklung der Ansicht Zitelmanns nicht für zuläßig, den Begriff des Verschuldens „gegen sich selbst" dem „gegen andere" als zwei vollkommene getrennte Größen gegenüberzustellen. U. E. wird man meist in jedem gewöhnlichen Verschulden diese beiden gegenübergestellten Arten enthalten finden. Verletze ich schuldhaft das Eigentum des A, so liegt hierin zunächst ein Verschulden gegen A, den Dritten. Ich schädige jedoch zugleich auch mein eigenes Vermögen, indem meine Ersatzpflicht als ein Minus in mein Vermögen eintritt. Auch in diesem Fall ist mein Verhalten im Sinne Zitelmanns vom eigenen Interessenstandpunkt zu mißbilligen. Es ist also ungenau, zu sagen, eigenes Verschulden bedeute Verschulden, welches den Schuldigen, fremdes Verschulden das, welches einen Dritten beschädigt.

Auch die beiden oben genannten Obligationsfälle können wohl gegen diese Ansicht angeführt werden. Bei ihnen lag in dem Verschulden sowohl ein Verschulden gegen den Schuldner selbst, als auch gegen den Gläubiger. Man wird eine Unterscheidung der Verschuldensarten nach dem Objekt der Schädigung nur in der Art machen können, daß man sagt: liegt „lediglich" eine Beschädigung der eigenen Güter vor, so mag man dies „Verschulden gegen sich" nennen, die Rechtsordnung interressiert sich für diese Fälle nicht, denn „qui suo iure utitur, neminem laedit", in den anderen Fällen haben wir es je nachdem mit einem mitwirkenden Verschulden oder einfachem Verschulden zu tun. Eine Gegenüberstellung des Verschuldens „gegen sich" mit dem „gegen andere" glauben wir ablehnen zu müssen.

Wenn endlich Zitelmann sagt, das Verhalten des Selbst-

schädigers sei nicht rechtswidrig, es würde aber gemißbilligt von seinem eigenen Interessenstandpunkt aus, denn es bestände eine ethische Pflicht des Menschen gegen sich selbst, Schädigungen zu unterlassen, so scheint uns diese Theorie zur Klärung der Frage nach dem Grund der Mißbilligung nichts Billigenswertes zu bringen. Abgesehen davon, daß wir eine Regelung auf Grund ethischer Pflichten nicht gutheißen zu können meinen, erscheint es uns mit einem anderen Grundsatze unvereinbar, daß die Rechtsordnung die Verletzung einer ethischen Pflicht mißbilligt und daher im Interesse des Geschädigten einen anderen Erfolg wünschend regelnd eingreift. Wie schon erwähnt, kann jeder von Rechtswegen mit seinen Gütern nach Belieben verfahren. Ob dies oftmals ethisch zu loben oder wirtschaftlich wünschenswert ist, entscheidet das Recht nicht. Aber in dem Falle, in dem der Mensch auch die Rechtssphäre Dritter berührt, schreitet sie zum Schutze dieser bedrohten Interessen ein. Im Interesse des geregelten Zusammenlebens der Menschen trifft sie Bestimmungen zum Wohle derer, die in ihrer Rechtsspähre durch andere bedroht sind, nicht aber nur im Interesse dessen, der sich in seiner eigenen Rechtsspähre schädigt[1]). Hat also im § 254 der Gesetzgeber die Folgen eines Verschuldens des Selbstschädigers im Falle des mitwirkenden Verschuldens als rechtserheblich anerkannt, so ist diese Rechtserheblichkeit nur einer berechtigten Berücksichtigung der Interessen des Ersatzpflichtigen zu verdanken. Würde nur eine Mißbilligung vom Standpunkte des Selbstschädigers erfolgen, so wäre nach dem oben Ausgeführten für diese Bestimmung kein Raum. Dadurch, daß wir diesen Grund der Mißbilligung nicht anerkennen, entfällt für uns der von Zitelmann entwickelte erweiterterte Verschuldensbegriff.

Was die beiden zuerst erwähnten Theorien anbetrifft, so kann ihnen mit Recht nicht gefolgt werden. Gegen die Ansicht Liszts und seiner Anhänger ist einzuwenden, daß die ganze Beweisführung des Bestehens einer Rechtspflicht unrichtig ist. Wenn man zeigen will, daß im § 254 das Ver-

[1]) Vgl. Enneccerus, § 28.

schulden rechtswidrig ist, kann man nicht folgern, weil in § 254 eine Rechtspflicht aufgestellt ist, ist jede Handlung, die dieser Pflicht zuwiderläuft, rechtswidrig. Dies würde eine unzulässig petitio principii sein, wie schon von Leyden betont[1]). Wir glauben genügend bewiesen zu haben, daß eine Rechtspflicht nicht bestehen kann.

Auch die Ansicht derer, die in dem Ausdruck Verschulden das bloße Verursachen sehen wollen, ist zuverwerfen. Das Erfordernis des Kausalzusammenhanges wird schon durch das Wort „mitgewirkt" genügend zur Geltung gebracht. Auch die Entstehungsgeschichte deutet darauf hin, daß dem Verschulden nicht diese Bedeutung zukommen sollte. Es heißt im Entwurf § 222 „Hat bei der Entstehung des Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten mitgewirkt, so . . . .". Wenn man später für Fahrlässigkeit Verschulden setzte, sollten auch die Fälle einer vorsätzlichen Mitwirkung im Sinne des § 254 behandelt werden. Auch jene Behauptung Endemanns, daß in verschiedenen §§ des BGB unter Verschulden verursachen verstanden werden müßte, ist, wie Traeger[2]) nachweist, grundlos. Es besteht in diesen Bestimmungen dann eine nicht ganz korrekte Ausdrucksweise, insofern es statt Verschulden richtiger schuldhafte Handlung hieße. Zu der Annahme, daß dies in § 254 anders gemeint sei, liegt kein Grund vor.

Wir haben somit erkannt, daß nur in der Frage der Rechtswidrigkeit meist der Verschuldensbegriff des § 254 vom gewöhnlichen Verschulden abweicht. Setzen wir hierfür pflichtwidrig, so können wir anschließend feststellen, daß auch aus bestimmten Gründen analog der Ausschließung der Rechtswidrigkeit die Pflichtwidrigkeit fehlen kann.

Von größerer Bedeutung dürfte in diesem Zusammenhang noch die Beantwortung der Frage sein, ob auch das Verschulden im § 254 die Handlung eines Zurechnungsfähigen voraussetzt. Kann § 254 auch Anwendung finden, wenn der Beschädigte für seine Handlung nicht verantwortlich gemacht werden kann?

1) v. Leyden, S. 63.
2) Traeger, § 53.

Nach der Theorie Endemanns über den Verschuldensbegriff in § 254 ist es klar, daß auch in diesem Falle seine Anwendbarkeit gegeben ist. Verschulden ist gleich Verursachen. Also ist es nur nötig, daß die Handlung des Unzurechnungsfähigen für den Schaden adäquat kausal war[1]). Unsere Mißbilligung seines Standpunktes führt auch zur Ablehnung dieser Folgerung.

Die Anhänger der subjektiven Theorie, der wohl herrschenden Ansicht, fordern, daß auch für das eigene Verschulden Verschuldensfähigkeit Voraussetzung sein muß; es unterscheidet sich nur in der Frage der Rechtswidrigkeit vom technischen Verschulden und für dieses ist auch nach herrschender Meinung Verschuldensfähigkeit ein notwendiges Erfordernis. Auch wir verlangen aus diesem Grunde die Zurechnungsfähigkeit als Voraussetzung des § 254 im Sinne der Deliktsfähigkeit[2]). Wir gestatten somit die analoge Anwendung der §§ 827 und 828, sodaß der Einwand des mitwirkenden Verschuldens nur einen Deliktsfähigen gegenüber geltend gemacht werden kann[3]).

Dies Erfordernis der Deliktsfähigkeit wird in manchen Fällen zu unbilligen Entscheidungen führen. In den Fällen einer Haftung wegen schuldhafter Rechtsverletzung wird eine Unbilligkeit meist nicht entstehen. Anders ist aber die Sachlage, wenn ein Verschulden des Schädigers für den Eintritt der Haftung nicht verlangt wird. Hier kann möglicherweise besonders bei grober Unvorsichtigkeit des Deliktsunfähigen die Haftung entfallen, weil durch seine Tat der Kausalzusammenhang unterbrochen wird. Indem wir in solchen Fällen den Ausdruck Unterbrechung des Kausalzusammenhanges wegen seiner logischen Inkorrektheit mit Traeger verneinen und dafür besser sagen, es fehlt das Erfordernis der adäquaten Kausalität, kann eine Haftung des Fremdschädigers und damit eine Ausgleichung nach § 254 garnicht in Frage kommen. Dennoch wird es genügend Fälle geben, in denen

---

[1]) Derselben Ansicht auch Croissant und Wendt für das Gebiet des gemeinen Rechts und des Haftpflichtgesetzes, vgl. Traeger § 53.

[2]) Cohn S. 116 fordert Geschäftsfähigkeit.

[3]) vgl. auch RG Bd. 108, S. 89.

eine volle Schadensersatzpflicht eintreten muß trotz des objektiv unvorsichtigen Verhaltens des Deliktsunfähigen. Wird dann die Tatsache, daß der Unfall vielleicht auf mangelhafte Beaufsichtigung zurückzuführen ist, nicht eine gerechte Schadenstragung bringen[1]), so ist nicht einzusehen, warum nicht der Gedanke des § 829 in § 254 Anwendung finden kann. Nach § 829 kann auch der wegen Deliktsunfähigkeit nach § 827, 828 nicht verantwortlich ist, zur Schadensersatzleistung herangezogen werden, wenn es die Billigkeit nach den Umständen erfordert. Zwar tritt in den Materialien des Gesetzes nirgends die Absicht und Meinung hervor, den § 829 über den Bereich eines schädigenden Eingriffs in die fremde Rechtssphäre hinaus auf den Fall des mitwirkenden Verschuldens zu erstrecken. Dies kann uns aber nicht daran hindern, wenigstens eine analoge Anwendung zu gestatten. Wenn in § 829 der Unzurechnungsfähige aus Billigkeitsgründen gleichwohl Schadensersatz leisten muß, so muß er sich unter den gleichen Vorraussetzungen eine Kürzung oder den völligen Wegfall seiner Ersatzansprüche gefallen lassen. Billigkeitserwägungen ließen den § 829 in unsere gesetzlichen Bestimmungen Eingang finden, sie müssen auch in Betracht gezogen werden, wenn es sich um eine billige Schadensverteilung in § 254 handelt.[2])

### III. der besondere Tatbestand des Absatz 2.

Im Abs. 2 des § 254 sind besondere Tatbestände aufgestellt, für die die Folgen des Abs. 1 auch eintreten sollen. Diese Tatbestände bieten durchaus nichts besonderes, denn da eine Handlung auch in einem Unterlassen bestehen kann, umfaßt der Begriff des Mitwirkens im Abs. 1 die Verursachung sowohl durch eine positive Tätigkeit, als auch durch die negative Tätigkeit, das Unterlassen. Es sind vom Gesetz im Abs. 2 nur einige Musterbeispiele aufgestellt, die im Leben häufiger als Unterlassungsfälle vorkommen. Man darf also nicht

[1]) Vgl. S. 61 ff.

[2]) So h. M. Planck, § 254 b cc; Enneccerus § 236; Oertmann zu § 254, 2e; Traeger S. 340; Mehl S. 52 ff. u. a.

annehmen, daß Unterlassungen, die sich nicht unter diese besonderen Tatbestände einreihen lassen, unberücksichtigt bleiben. Sie rufen, wenn sie schuldhaft sind, nach Abs. 1 dieselben Folgen hervor. Somit ergibt sich auch, daß die Unterlassungen des Abs. 2 schuldhaft im Sinne des Abs. 1 sein müssen, denn es sind nur besondere Fälle des im Abs. 1 ausgesprochenen Prinzips. Auch die Worte, „wenn sich das Verschulden darauf beschränkt," lassen dies erkennen.

Der Abs. 2 erwähnt zunächst den Fall, daß der Beschädigte den Schuldner nicht auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam gemacht hat, den jener weder kannte noch kennen mußte. Wegen des Ausdrucks „Schuldner" hat man die Vorschrift nur auf die Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung schon bestehender Verpflichtungen beschränken wollen[1]). Ein berechtigter Grund zu einer solchen Einschränkung ist nicht zu erkennen[2]). Man wird unter Schuldner einfach den Ersatzpflichtigen verstehen können. Auch der zweite im Abs. 2 erwähnte Fall, der darin besteht, daß der Schuldner es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, bezieht sich nicht nur auf die Verletzung einer Verbindlichkeit aus Rechtsgeschäften, sondern auf alle Fälle einer Verpflichtung zum Schadensersatz. Ob eine Verpflichtung zum Aufmerksammachen oder eine Abwendungs- bezw. Minderungspflicht bestand, läßt sich nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Umstände feststellen.

### IV. Die Wirkung des mitwirkenden Verschuldens.

Als Folge des mitwirkenden Verschuldens ist bestimmt, daß die Verpflichtung zum Ersatze von den Umständen abhängt, insbesondere davon, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Über die Frage, nach welchem Gesichtspunkte die Minderung bezw. Ausschließung der Schadenersatzpflicht einzutreten hat, gehen die Ansichten auseinander. Drei Theorien fordern Anerkennung.

[1]) Schollmeyer zu § 254.
[2]) Vgl. Planck § 254, 3 a.

Dem Wortlaut folgend wollen die einen die vorwiegende Verursachung als ausschließlich zu berücksichtigenden Umstand ausschlaggebend sein lassen[1]). Sie finden auch in den Protokollen[2]) eine Stütze ihres Standpunktes, wo als der zur Abgrenzung maßgebende Umstand das Kausalverhältnis und nicht die Schwere des beiderseitigen Verschuldens bezeichnet wird. Die Vertreter der subjektiven Theorie[3]) dagegen halten die Abwägung nach der Kausalität für völlig unbrauchbar. Sie berufen sich zur Begründung auf die Geschichte. Schon im gemeinen Recht und in fast allen Partikularrechten sei die Frage der Haftung nach dem überwiegenden Verschulden beurteilt worden[4]). Leyden glaubt, daß der Gesetzgeber nur deshalb von dem alten Gedanken der culpa-Kompensation in § 254 im Ausdruck abgewichen sei, um auch das Abwägen in den Fällen, wo auf einer Seite kein Verschulden vorhanden sei, möglich zu machen[5]). Er führt weiter aus, daß es Grade des Verursachens nicht gäbe, wohl aber das Verschulden zu messen sei.

Wir lehnen diese beiden Theorien ab und folgen einer vermittelnden Ansicht[6]), die an der Beachtung des Wortlauts festhält, aber auch dem Richter gestattet, das beiderseitige Verschulden zur Abwägung heranzuziehen. Wortlaut, die Äußerung der Protokolle und die Billigkeit hat sie für sich. Wenn die Anhänger der Theorie Traegers meinen, bei Billigung der adäquaten Verursachungstheorie ließe sich nicht die Ursache, die den Erfolg vorwiegend herbeigeführt hat, feststellen, so ist dies streng juristisch zuzugeben. Die Bedingungen, die adäquat für den Erfolg sind, sind alle gleichwertig. Denn würde eine dieser adäquaten Bedingungen fehlen, so wäre dieser Erfolg nicht eingetreten. Sie ist conditio sine qua non für den Erfolg. Aber man kann an-

[1]) Endemann § 132 a; Schollmeyer § 254, 5; Crome a. a. O. Weyl, a. a. O; vgl. bei Oertmann § 254, 2.

[2]) Prot. I S. 300. —

[3]) Staudinger § 254, 2; Traeger S. 355; v. Leyden S. 53; Rosenthal S. 70. —

[4]) Traeger, a. a. O.

[5]) Leyden S. 47 ff.

[6]) Planck § 254, 4 a; Oertmann § 254, 2; Dernburg S. 32; Rümelin S. 314.

nehmen, daß wir hier den Ausdruck „vorwiegend verursachen“ mehr in der Bedeutung der Sprache des Lebens verstehen können. Im Leben unterscheidet man von mehreren Umständen, die den Erfolg herbeigeführt haben, zwischen der größeren oder geringeren Wirksamkeit der Umstände[1]). Man kann sich hierwohl denken, daß von mehreren adäquaten Bedingungen die eine mehr geeignet, die Möglichkeit des eingetretenen Erfolges generell in nicht unerheblicher Weise zu erhöhen als eine andere. Ferner ist zu beachten, daß man im Falle einer Haftung des Fremdschädigers für schuldlose Rechtsverletzung ein Abwägen des beiderseitigen Verschuldens nicht vornehmen kann.

Wenn man so bei einer Wertung des beiderseitigen Verursachens dem Wortlaut gemäß eine Entscheidung zu fällen sucht, bleibt noch die Möglichkeit bestehen, das beiderseitige Verschulden zu beachten. Die Ersatzpflicht hängt von den Umständen ab. Hier ist eine Berücksichtigung aller Umstände dem Richter auferlegt. Bei dieser Berücksichtigung wird auch das Maß des beiderseitigen Verschuldens besonders in den Fällen eine Rolle spielen, in denen sich bei einseitiger Beachtung der vorwiegenden Verursachung Unbilligkeiten ergeben würden. Es hat z. B. der im Zweikampf Getötete selbstverständlich den Tod nicht vorwiegend verursacht, aber vielleicht trifft ihn das überwiegende Verschulden.

---

[1]) Vgl. RG Bd. 54 S. 13.

# II. Teil

## Haftung für Hilfspersonen.

### I. Die Haftung nach BGB § 278.

Bevor wir zur Beantwortung der Frage kommen, wie und wann das schädigende Verhalten von Hilfspersonen im Falle ihres mitwirkenden Verschuldens dem Beschädigten zuzurechnen ist, möge untersucht werden, wie überhaupt unser Recht eine Haftung für Hilfspersonen geregelt hat. Man kennt seit altersher zwei große Gruppen von Haftungsbestimmungen, die immer eine getrennte Behandlung erfahren haben: die Haftung aus Vertrag und die aus Delikt. So ist auch die Haftung für dritte Personen in zwei Hauptbestimmungen[1]) niedergelegt, in § 278 BGB die kontraktliche Haftung und in § 831 die deliktische[2]). Im folgenden sollen beide Bestimmungen einer Untersuchung unterzogen werden. Ihr Ergebnis soll zeigen und zu erklären suchen, wie die Frage einer Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens von Hilfspersonen zu beantworten ist. Natürlich ist es im Umfange dieser Arbeit nicht möglich und für die Ausarbeitung der Aufgabe nicht nötig, sämtliche Streitfragen, die sich in großer Zahl aus den §§ 278, 831 ergeben haben, eingehend zu erörtern und in vollster Gründlichkeit auszuführen.

Für die sog. vertragliche Haftung für Hilfspersonen ist die grundlegende Gesetzesnorm in § 278 niedergelegt, welcher besagt: Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur

[1]) Haftung für Dritte regeln auch BGB §§ 31, 89, 701 HGB § 431 u. a.

[2]) Es sei hier die in der Literatur übliche Unterscheidung, trotzdem sie nicht ganz zutreffend ist (vgl. S. 32. 52) der Kürze wegen gestattet.

Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

Zur Anwendung des § 278 ist also zunächst ein bestehendes Schuldverhältnis erforderlich, wobei es zwar gleichgültig ist, ob dieses auf Vertrag oder Gesetz beruht. Dies zeigt klar der Wortlaut „Schuldner und Verbindlichkeit."

Die Haftung soll eintreten einmal für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters. Wen man als gesetzlichen Vertreter im Sinne dieser Vorschrift anzusehen hat, ist zweifelhaft[1]). Sicher gehören dazu der Inhaber der elterlichen Gewalt, der Beistand, Vormund und Pfleger.

Ferner haftet der Schuldner für ein Verschulden derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Eine genauere Begriffsbestimmung dieser Personen, die wir mit dem in der Literatur geläufigen Ausdruck Hilfspersonen[2]) bezeichnen wollen, gibt uns der Gesetzgeber nicht. Man wird annehmen können, daß der Kreis dieser Hilfspersonen ein außerordentlich weiter sein sollte. Es ist unerheblich, ob die Gehilfen in einem Vertragsverhältnis zum Schuldner stehen, aus dem sie zur Handlung verpflichtet sind, oder wirtschaftlich selbständig sind, ob sie entgeltlich tätig werden oder freiwillig ohne Gegenleistung. Es macht keinen Unterschied, ob der Schuldner dem Dritten die Ausführung des gesamten Geschäfts übertragen hat, wofern dieser nur nicht in rechtliche Beziehung zu dem Gläubiger selbst getreten ist, oder ob er nur an einzelnen unselbständigen Arbeiten zur Herstellung des gewünschten Erfolges mitwirkt. Damit haftet der Schuldner für Substituten gleich wie für Erfüllungsgehilfen im engeren Sinne nach § 278[3]). Der Wille des Schuldners ist in erster Linie maßgebend. Der Ausdruck des Gesetzes „sich bedient" zeigt dies. Mit Willen und Wissen des Schuldners muß sie tätig werden.

[1]) Vgl. Oertmann § 254, 2 a.

[2]) Vgl. Fischer S. 16.

[3]) Es ist zwar bestritten, ob auch für Substituten nach § 278 gehaftet wird. Vgl. Fischer S. 19 ff; Enneccerus § 267, 4. Wir halten aber die Fälle in den §§ 664 und 691 für Ausnahmen. Vgl. auch Oertmann 278, 2; Planck 278, 2 b.

Die Zustimmung des Schuldners braucht nicht der Tätigkeit vorauszugehen. Sie kann auch nachträglich als Genehmigung eintreten. So kommt § 278 auch zur Anwendung im Falle einer Haftung für einen Geschäftsführer ohne Auftrag, wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt hat[1]). Andererseits darf aber auch nicht ein ausdrücklicher Wille des Gläubigers der Verwendung von Hilfspersonen entgegenstehen. Verwendet der Schuldner dennoch Hilfspersonen, haftet er allerdings auch für sie, zwar nicht nach § 278, sondern auf Grund des Vertrages wegen eigenen Verschuldens.

Der Schuldner haftet für Hilfspersonen nur dann, wenn er sich ihrer zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bediente. Wir müssen zu ergründen versuchen, was man unter einer Verbindlichkeit besteht. Wie schon gesagt, deuten die Ausdrücke „Schuldner" und „Verbindlichkeit" darauf hin, daß zwischen dem Haftenden und dem Geschädigten ein Schuldverhältnis bestehen muß. Nach § 241 ist nun ein Schuldverhältnis ein Rechtsverhältnis, nach dem der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Hier ist das Schuldverhältnis vom Standpunkt des Gläubigers aus behandelt. Vom Standpunkt des Schuldners aus würde man daraus zu entnehmen haben, daß der Schuldner kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist, eine Leistung zu bewirken. Dies führt, wenn auch schon in einer besonderen Form, § 242 aus. Diese Verpflichtung zur Leistung dürfte begrifflich zunächst nichts anderes bedeuten als die Verbindlichkeit des Schuldners in § 278. Diese so entwickelte Verbindlichkeit kann nur eine durch Klage durchzusetzende Verpflichtung sein. Dem Leistenmüssen steht ein Forderungsrecht des Gläubigers gegenüber. Da erhebt sich die bedeutende Frage, ob unter dem Begriff der Verbindlichkeit in § 278 nur diese selbständig klagbare Verpflichtung zu fallen habe, oder ob auch jede Verpflichtung, die sich für den Schuldner aus dem Schuldverhältnis ergeben kann, eine Verbindlichkeit im Sinne des § 278 ist.

[1]) Bestritten, wie hier Staudinger § 278, 1, 2; Oertmann § 278, 2 b; Enneccerus § 267; Weinreich S. 53; a. A. Planck, § 278, 2 b; Dernburg § 68.

Diese Frage führt uns zu den Gedankengängen Nußbaums[1]), der wohl als erster diese Unterscheidung machte, indem er die sog. echten Verbindlichkeiten von den unechten trennte. Nur für die echten will er § 278 angewandt wissen. Er glaubt diese Einschränkung aus dem § 241 herleiten zu müssen. Eine Verbindlichkeit sei danach eine erzwingbare Verpflichtung zur Leistung. Leistung sei nicht ohne einen bestimmten Empfänger der Leistung denkbar. Daraus folge, daß Leistung die Übertragung eines Gutes an eine andere Person sei. Da endlich wie soeben ausgeführt, Verbindlichkeit = Leistungspflicht bedeutet, ergibt sich als Endresultat seiner Lehre, daß die Verbindlichkeit die Verpflichtung zur Übertragung eines Gutes an eine Person ist. Dagegen ist für ihn die Verpflichtung zu einem Handeln, welches nicht Leistung ist, keine echte Verbindlichkeit. Diese unechte Verbindlichkeit sieht er z. B. in den sich aus dem Schuldverhältnis kraft Gesetzes ergebenden Nebenverpflichtungen zur Aufbewahrung und Instandhaltung. Besonders alle Sorgfaltspflichtigen sind für ihn unechte Verbindlichkeiten, wofern sie nicht vertraglich als der Hauptverpflichtung beigefügte Nebenabreden übernommen sind. Als größtes Argument für seine Ansicht führt er § 254 und § 351 an, in denen er eine Anerkennung des Begriffs der unechten Verbindlichkeiten findet.

Diese Lehre Nußbaums, eine Scheidung zwischen echten und unechten Verbindlichkeiten eintreten zu lassen, müssen wir ablehnen. Das Gesetz sagt in § 241, daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann. Dies scheint Nußbaum duchaus nicht beachtet zu haben, wenn er seinen Begriff Leistung als eine Uebertragung eines Gutes an eine andere Person definiert. Eine Unterlassung kann nicht in der Übertragung eines Gutes bestehen[2]). Außerdem gibt es auch positive Verpflichtungen, die nicht auf Übertragung eines Gutes zielen, so z. B. die Abnahmepflicht des Käufers. Hieraus ergibt sich, daß der Begriff der Leistung ein viel zu eng gewählter ist. Die Lehre Nußbaums geht von falschen Voraussetzungen aus.

[1]) Nußbaum S. 54 ff.
[2]) Feder S. 43 ff.

Wir glauben, daß man im § 278 zwischen einklagbaren und nicht verfolgbaren Verpflichtungen nicht unterscheiden darf. Ein mit Klage verfolgbares Schuldverhältnis muß vorhanden sein. Der Rechtsgrund dieser Verbindlichkeit ist gleichgültig. Er kann auf Vertrag, einseitigem Rechtsgeschäft, Delikt usw. beruhen[1]). Neben dieser Hauptverbindlichkeit, die eine Leistungspflicht bedeutet, stehen oftmals noch Verpflichtungen, die zwar nicht durch Klage erzwingbar sind, deren Innehaltung aber erst die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit möglich macht. Hierunter fallen besonders die bedeutenden Sorgfaltspflichten in den Schuldverhältnissen, deren Inhalt auf Gebrauch oder den Genuß einer Sache gehen, wie Miete, Pacht und Leihe. Gerade bei diesen im Leben häufig vorkommenden Rechtsverhältnissen zeigen sich auch die nicht zu billigenden Ergebnisse, die eine Beschränkung des § 278 auf echte Verbindlichkeiten hervorrufen würde. Es ermöglicht z. B. dem Entleiher einer Sache erst die sorgfältige Erhaltung derselben die Erfüllung seiner Rückgabeverpflichtung. Die Rückgabe ist ausgeschlossen, wenn die Sache untergangen ist. Die Erfüllung dieser Erhaltungspflicht ist aber die Voraussetzung für eine ordnungsmäßige Rückgabe. Würde man diese Pflicht nicht als Verbindlichkeit im Sinne des § 278 ansehen, so ergibt sich die unsinnige Folgerung, daß der Schuldner nur für ein Verschulden seiner Hilfspersonen während der kurzen Zeit der Rückgabe nach § 278 haftet, dagegen nicht, wenn die Sache beim Gebrauch, der möglicherweise für eine recht lange Zeitspanne gewährt ist, von einer Hilfsperson beschädigt wird.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß unter einer Verbindlichkeit in § 278 nicht etwa nur die durch selbständige Klage verfolgbare Schuldnerverpflichtung zu verstehen ist. Jede auf Grund des Schuldverhältnisses sich ergebende Verpflichtung, die die Erfüllung der Obligation, die sich selbst wieder als Gesamtheit aller dieser Einzelverpflichtungen dar-

---

[1]) Daher ist auch der in der Literatur gebrauchte Ausdruck einer kontraktlichen Haftung nicht ganz einwandfrei.

stellt, beeinträchtigen kann, muß als Verbindlichkeit für § 278 angesehen werden[1]).

Da die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann, so fragt es sich, ob die Verbindlichkeit auch in § 278 eine Unterlassung zum Gegenstande haben kann. Klar und unbestritten ist § 278 bei den sog. sekundären Unterlassungspflichten anwendbar. Pflichten, die nur neben der eigentlichen Leistungspflicht des Schuldners bestehen und dahin gehen, Handlungen zu unterlassen, die eine ordnungsmäßige Erfüllung vereiteln würden. Sie sind nur Unterlassungspflichten, die sich als Kehrseite einer positiven Verbindlichkeit darstellen. So ist z. B. die Verpflichtung des Entleihers, jede Beschädigung der geliehenen Sache zu unterlassen, nur ein Ausfluß der positiven Verbindlichkeit, die Sache zu erhalten.

Nicht von allen dagegen[2]) wird § 278 auf die sog. primären Unterlassungspflichten für anwendbar erklärt. Dies sind die eigentlichen Unterlassungspflichten, bei denen die Leistung selbst in einem Unterlassen besteht. Wir halten auch in diesem Falle § 278 für anwendbar. Die Erfüllung der Verpflichtung besteht darin, daß der Schuldner die Handlung, die er unterlassen soll, nicht vornimmt. Solange er diese Handlung nicht vornimmt, befindet er sich im Zustand der Erfüllung[3]). Nimmt er sie vor, so verletzt er seine Verbindlichkeit. Ermöglicht er Hilfspersonen eine Verletzung dieser Verbindlichkeit, so bedient er sich ihrer bei der Erfüllung und er hat nach § 278 zu haften. Es kann diese Folgerung nicht in den Fällen gezogen werden, in denen es sich um Unterlassung von Handlungen höchst persönlicher Art handelt. Auch wenn sich aus einem Vertrag ergibt, daß die Zuwiderhandlung des Schuldners selbst gegen die verbotene Handlung nur gemeint sein kann, kann eine Anwendbarkeit des § 278 nicht erwogen werden.

Nachdem so der Begriff Verbindlichkeit im § 278 fest-

[1]) siehe Planck, § 278, 1 b.

[2]) Lehmann S. 289 ff. ihm folgend Staudinger § 278, 2b verneinen die Anwendbarkeit des § 278. Aus dem Gesichtspunkt einer sich aus dem Vertrage ergebenden Garantieleistung für den Erfolg oder auch durch eine vertragliche Haftungsübernahme kommen sie auch zu einer Haftpflicht. Wie hier Planck 278, b; Oertmann 278, 3 c; Wendt, a a. O.

[3]) Vgl. RG 63 S. 117.

gestellt ist, bedarf es einer Klärung der Frage, welche schädigende Handlung der Hilfspersonen dem Schuldner zuzurechnen ist, wenn er sich ihrer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient. Wie muß sich die schuldhafte Handlung zu der Erfüllungshandlung verhalten? Es ist nichts zur Beantwortung dieser Frage aus der Fassung des § 278 zu entnehmen. Naturgemäß gingen bei der Auslegung die Ansichten auseinander. Zwei Haupttheorien stehen sich gegenüber. Die einen wollen jedes Verschulden, das „bei Gelegenheit" der Erfüllungshandlung, zu dem diese nur die zeitliche und räumliche Bedingung setzte, als nach § 278 für zu vertreten erklären. Man kann sie als Anhänger der „unbeschränkten" Haftung benennen[1]). Dagegen halten die Vertreter der beschränkten Haftung nur ein Verschulden der Hilfspersonen „bei Erfüllung" oder in „Ausführung der Verbindlichkeit" für erforderlich[2]). Wir glauben der herrschenden letzteren Meinung folgen zu müssen. Nümelin[3]) und seine Anhänger berufen sich zur Begründung ihrer Lehre auf die Entstehungsgeschichte des § 278. Hier stände im § 224 Abs. 2 des ersten Entwurfs ausdrücklich, der Schuldner hafte nur „in Ansehung der Erfüllung" für ein Verschulden seiner Erfüllungsperson. Aus der Streichung dieses Ausdrucks bei der späteren Fassung und der offenbar absichtlichen Wahl eines weiteren Ausdrucks folgern sie, daß keine Beschränkung auf Erfüllungshandlungen stattfinden sollte. Dieser Schluß dürfte nicht unbedenklich sein. Gesetzesentwürfe erfahren häufig eine Abänderung ihres Wortlauts oder eine Streichung einzelner Bestimmungen aus stilistischen Gründen oder der Erkenntnis ihrer Überflüssigkeit. Dies kann man hier annehmen. Denn wenn ein solch bedeutender Grund die Anwendbarkeit des § zu erweitern, zu dieser Faßung geführt hätte, hätten uns sicherlich die Materialien darüber Auskunft gegeben.

Auch aus wirtschaftlichen und Billigkeitsgründen ist

[1]) Rümelin S. 88; Feder S. 58; Fischer S. 32; Liszt S. 104.

[2]) Oertmann § 278, 3: Planck § 278, 3; Staudinger § 298, 4; Schollmeyer § 278; RGR Komm. 278, 3; Enneccerus § 276 II 2; Jähnischen S. 63; Nußbaum S. 42 und Weinreich S. 62.

[3]) a. a. O.

man für eine möglichst weitgehende Haftung eingetreten[1]). Nach Feder[2]) könne gerade der Arbeitgeber seinen großen Einfluß geltend machen, um solche Schädigungen zu verhindern. Auch die Tatsache, daß viele Geschäftsleute freiwillig für Schäden aufkämen, die ihre Hilfspersonen nur gelegentlich bei Erfüllung der Verbindlichkeit angerichtet haben, zeige, daß auch die Volksanschauung eine solche Haftung für richtig hielte. Es mag dahingestellt bleiben, ja sogar geleugnet werden, daß in allen Volkskreisen eine solche Auffassung besteht. Besonders bei den Kleingewerbetreibenden, in den Mittelstandskreisen, dürfte eine solche weitgehende Haftung als unhaltbar angesehen werden. Sie würde bei vielen zur Vernichtung ihrer wirtschaftlichen Existenz führen müssen. Und ob wirklich die wirtschaftlichen stärkeren Geschäftsleute in diesen Fällen in der Überzeugung Ersatz leisten, dazu gewissermaßen rechtlich verpflichtet zu sein, oder aber aus ureigenem Geschäftsinteresse, nämlich um ihre Geschäftsverbindungen nicht zu verlieren, soll hier nicht entschieden werden. Trotzdem dürfte der letzte Grund der wahre sein.

Wortlaut, Entstehungsgeschichte und diese Billigkeitserwägungen können uns auf diese Weise nicht zu einer uns annehmbaren Auslegung der Gesetzesbestimmungen bringen. Nur aus der systematischen Stellung glauben wir eine richtige Erklärung unserer Ansicht finden zu können. § 278 steht unter dem Abschnitt: Inhalt der Schuldverhältnisse und da unter dem Titel „Verpflichtung zur Leistung". Daraus geht hervor, daß wohl nur ein solches Verschulden gemeint sein kann, das die geschuldete Leistung selbst betrifft. Auch steht § 278 in engem inneren Zusammenhang mit § 276. Hier wird allgemein gesagt, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Diese Haftung wird nun in § 278 auch auf die Fälle ausgedehnt, in denen er sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit Hilfspersonen bedient. Deren

---

[1]) Rümelin S. 88 f. Feder S. 62 und S. 66.

[2]) Feder S. 32.

Verschulden soll er wie eigenes zu vertreten haben[1]). Über die Art und Weise dieses Einstehens, also den Inhalt der Vertretungspflicht, besagt § 276 nichts. Durch Einzelvorschriften ist dieser Rechtssatz in den verschiedenen Fällen ergänzt worden, so durch die Regeln über Unmöglichkeit und Verzug. Durch Analogieschlüsse ist er auf die Fälle der sog. positiven Forderungsverletzung ausgedehnt worden[2]). Wenn § 278 eine Erweiterung dieser schuldnerischen Haftung auf das Verschulden von Hilfspersonen ist, so ergibt sich daraus, daß auch nur eine Haftung des Schuldners in den Fällen am Platze ist, in denen er selbst aus den oben genannten Bestimmungen auf Grund des Schuldverhältnisses haftbar gemacht werden kann[3]). So muß man vor allen Dingen eine Haftung aus § 278 dann ablehnen, wenn sie sich im Falle der Begehung durch den Schuldner nur aus Deliktsgrundsätzen ergeben würden. Stiehlt z. B. ein Handwerker aus dem Raume des Gläubigers bei Gelegenheit seiner Arbeitsausführung einen Geldschein, so kann der Dienstherr nicht auf Grund der vertraglichen Haftung aus § 278 zur Schadenersatzpflicht herangezogen werden. Auch die Billigkeit scheint ganz für dieses Ergebnis zu sprechen. Bei den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen der weitverzweigten Arbeitsteilung ist die Verwendung von Hilfspersonen eine unbedingte Notwendigkeit und entspricht auch oftmals dem Interesse beider Parteien. Dann aber für Handlungen von Hilfspersonen, die die schuldnerische Leistung nicht berühren, zu denen nur Zeit und Ort der Erfüllung der Verbindlichkeit Gelegenheit boten, den Schuldner aus § 278 haftbar zu machen, erscheint nicht angängig.

Endlich spricht auch nicht gegen unsere Ansicht das Argument von Liszt[4]), der aus dem in § 831 hinzugefügten beschränkten Zusatz „in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung“ auf eine unbeschränkte Anwendung des § 278,

[1]) Diese enge Verbindung beider §§ kann man besonders auch aus der Entstehungsgeschichte entnehmen. Im ersten Entwurf waren beide Bestimmungen in einem § 224 vereinigt.

[2]) Enneccerus § 278.

[3]) Vgl. Oertmann § 278, 3 b.

[4]) a. a. O. S. 104.

dem eine solche Einschränkung fehlt, schließen will. Diese verschiedene Ausdrucksweise halten wir für wohlberechtigt. § 831 steht im Gebiete der unerlaubten Handlungen und regelt hier die Haftung für Dritte. Hier gibt der Zusammenhang keinen Anhaltspunkt, für welche Handlungen eine Haftung einzutreten hat. In § 276 dagegen sahen wir, daß bei Beachtung des inneren Zusammenhanges mit § 276 die Tragweite der Bestimmung nicht mißzuverstehen ist und daher eine Einschränkung überflüssig war.

Anschließend kann man den Satz aufstellen, daß nur für solche schuldhaften Handlungen eine Haftung nach § 278 eintritt, die vom Schuldner selbst begangen, sich als Verletzung einer Schuldpflicht darstellen und eine Haftung aus dem Schuldverhältnis hervorrufen würden.

Ein Blick möge noch auf den Umfang der Haftung für das Verschulden von Hilfspersonen geworfen werden. Ihr Verschulden kann sich in Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276) äußern. Auch müssen sie verschuldensfähig sein, damit eine Haftung eintreten kann.

Dies Verschulden hat der Schuldner in gleichem Umfange wie eigenes zu vertreten. In der Mehrzahl der Fälle dürfte die Zurechnung keine Schwierigkeiten machen. Zweifel könnten dagegen dort entstehen, wo der Schuldner für seine eigene Handlung nur in geringerem Umfange haftbar gemacht wird (z. B. nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit oder nur für culpa in concreto). Mir scheint für solche Fälle das Gesetz selber deutlich genug entschieden zu haben, wenn es sagt, in gleichem Umfange wie für eigenes Verschulden. Haftet der Schuldner nur für grobes Verschulden, so ermäßigt sich auch die Haftung auf ein entsprechendes Verschulden des Gehilfen. Ebenso liegt der Fall, wenn der Schuldner für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten einzustehen hat. Fraglich ist, wessen Sorgfalt maßgeblich ist, die des Gehilfen oder die des Schuldners. Wir entscheiden uns dafür, daß der Maßstab der Person des Schuldners zu entnehmen ist[1]). Für diese Ansicht spricht der Wortlaut und

[1]) Vgl. Enneccerus, § 267, 4; Planck zu § 278; Staudinger zu § 278.

die Tatsache, daß der Gläubiger sich nur über die Sorgfalt, die sein Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, zu unterrichten vermag[1]).

## II. Haftung nach § 831.

Wenn wir uns nun der Auslegung der anderen Hauptbestimmung einer Haftung für Dritte in § 831 zuwenden, so werden wir auf seine Besprechung weniger Zeit zu verwenden brauchen. Einerseits bietet seine Auslegung nicht derartige Schwierigkeiten wie die des § 278, andererseits haben wir bei der Erläuterung des § 278 schon das Gebiet des § 831 gestreift.

Der § 831 beginnt mit den Worten: Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt. Hiermit ist der Kreis der haftenden Person und derer, für die nach § 831 zu haften ist, umrissen. Wann hat eine „Bestellung zu einer Vorrichtung" stattgefunden? Bestellen wird soviel bedeuten wie jemand zu einer Verrichtung veranlassen, ihm eine Tätigkeit übertragen, sich seiner bedienen[2]). Die Bestellung kann durch Vertrag erfolgt sein, aber auch schon das Betrauen einer Person mit einer gewissen Verrichtung kann als Bestellung angesehen werden. Unnötig ist zweifellos eine feste oder vorrübergehende Anstellung. Auch ist es gleichgültig, ob das zugrundeliegende Verhältnis rechtsgültig zustande gekommen ist[3]). Wesentlich ist für die „Bestellung zu einer Verrichtung", die sich aus Abs. 1 Satz 2 ergibt, daß dem Besteller die Eigenschaft als Geschäftsherrn im Verhältnis zum Bestellten zukommt. Der Bestellende muß die erforderlichen Anordnungen zu erteilen haben, die vom Bestellten bei der Ausführung der Verrichtung zu befolgen sind. Der Bestellte muß von dem Willen des Geschäftsherrn abhängig sein[4]). Die Verrichtung selber kann tatsächlichen oder rechts-

[1]) Bartels, S. 75.
[2]) Spornhauer, S. 31.
[3]) Oertmann, § 831, 2 a; RGR Komm. § 831, 2; a. A. Staudinger, § 831, 2 a dd.
[4]) RG Komm. a. a. O.; Staudinger a. a O.; § 831, 2 a. a. A.; Oertmann a. a. O.; der auch die sebstständige Tätigkeit unter § 831 fallen lassen will. Vgl. Spornhauer S. 36.

geschäftlichen Charakters, entgeltlich oder unentgeltlich, niederer oder höherer Art sein. Der Begriff der Verrichtung ist demnach ganz allgemein aufzufassen. Er drückt nur aus, daß eine Person zu irgend einer Tätigkeit herangezogen gewesen sein muß.

Dieser so zu einer Verrichtung Bestellte muß in Ausführung der Verrichtung einen Schaden angerichtet haben. Im Gegensatz zu § 278 hat hier der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen schädigender Handlung und Verrichtung angedeutet. Demgemäß ist auch um die Feststellung dieser Beziehung kein derartiger Streit entbrannt. Man kann wohl als allgemein feststehend sagen, daß die schädigende Handlung in den Kreis der Tätigkeiten fallen muß, die die Ausführung der Verrichtung darstellen; sie muß mit dieser Tätigkeit in einem inneren Zusammenhang stehen[1]). Daraus geht hervor, daß die nur „bei Gelegenheit" der Verrichtung verursachten Schäden nicht nach § 831 zu vertreten sind. Andererseits braucht aber die Ausführung der Verrichtung als solche durchaus keinen Mangel zu haben[2]). Im Gegensatz dazu steht § 278, wo gerade die schuldhafte Verletzung der Verbindlichkeit eine Haftung hervorruft.

Als weiteres Erfordernis verlangt der Gesetzgeber eine widerrechtliche Schadenszufügung. War jemand zum Eingriff in fremde Rechte nicht berechtigt, so spricht man von widerrechtlichem Handeln. Nur ein objektiv widerrechtliches Handeln wird von dem Bestellten verlangt. Die subjektiven Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit, das Verschulden, sind nicht nötig. Sonst wäre dies im Wortlaut des Gesetzes irgendwie zum Ausdruck gekommen. Auch der § 840 Abs. 2 zeigt die Richtigkeit dieser Ansicht[3]). Diese Bestimmung unterstellt die Möglichkeit, daß der Dritte nicht verantwortlich ist also nicht schuldhaft gehandelt hat und dennoch der Besteller haften muß. Es geht aus dem Tatbestand des § 831 nicht hervor, wann man eine rechtswidrige Schadenszufügung als gegeben zu erachten hat. Man wird behaupten

[1]) RG Bd. 73 S. 434; Bd. 79 S. 312.
[2]) Sporhauer S. 47.
[3]) Vgl. Oertmann § 831, 2 d; Planck § 831, 2 a; Staudinger § 831, 3 a.

können, es muß eine Rechtsverletzung nach den §§ 823 ff. vorliegen. Der objektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung muß erfüllt sein. In § 831 sollte kein besonderer Deliktstatbestand geschaffen werden, der über die Tatbestände der im Gesetz aufgezählten unerlaubten Handlungen hinausgeht[1]). Schon die Billigkeit erfordert dies. Es wäre nicht verständlich, wenn der Geschäftsherr für die Handlungen seiner Angestellten haften müßte, für die er selbst bei eigener Begehung mangels Vorliegen eines zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestandes haftfrei sein würde.

Wenn zwar kein Verschulden des Bestellten notwendig ist, so ist doch ein Verschulden des Geschäftsherrn Voraussetzung für den Eintritt der Haftung. Er muß bei der Auswahl der bestellten Person, oder bei der Beschaffung von Vorrichtungen und Gerätschaften oder bei der Leitung der Ausführung der Verrichtung nicht die erforderliche Sorgfalt angewandt haben. Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt kann bei der Fülle der verschiedenartigsten Fälle nicht einheitlich festgestellt werden. Es ist Aufgabe des Richters, in jedem Einzelfall auf Grund der vorgebrachten Tatsachen festzustellen, ob ein Verschulden vorliegt. Der Geschädigte braucht dieses Verschulden nicht nachzuweisen. Das Verschulden wie das Vorhandensein des Kausalzusammenhanges wird vom Gesetze präsummiert, d. h. es ist Sache des beklagten Geschäftsherrn, den Entlastungsbeweis anzutreten und seine Schuldlosigkeit klarzulegen[2]).

### III. Das Verhältnis der §§ 278 und 831 zueinander.

Wir haben so die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit beider Bestimmungen kennen gelernt. Auf den ersten Blick zeigt es sich, daß beide Vorschriften eine gewisse Ähnlichkeit im Zweck und Erfolg haben, daß aber ihre Voraussetzungen zum Teil grundverschieden sind. Während in § 278 nur eine Haftung dem Gläubiger gegenüber eintritt, geht § 831 wesentlich weiter und setzt sie jedem Dritten gegenüber fest.

[1]) Vgl. Liszt, S. 105 f.
[2]) Vgl. die beachtlichen Ausführungen von Poser.

Es kann also § 278 nur in bestehenden Schuldverhältnissen Anwendung finden, während in § 831 meist erst durch die schädigende Handlung ein Schuldverhältnis entsteht. Wie aber aus dem ganz allgemein gefaßten Ausdruck „Dritter" hervorgeht, kann Dritter auch der Gläubiger eines Schuldverhältnisses und dann § 831 anwendbar sein. Andererseits verlangt § 278 ein beträchtliches mehr, nämlich das Vorliegen des Verschuldens auf Seiten der Hilfsperson, während § 831 hiervon absieht. Dafür tritt § 831 in Gegensatz zu § 278, indem er ein Verschulden des Geschäftsherrn fordert. In § 278 tritt eine Haftung für fremdes Verschulden ein, in § 831 zwar eine Haftung für fremdes Verhalten, aber präsumiertes eignes Verschulden. Ein Unterschied beider Bestimmungen liegt auch darin, daß in § 278 die gleiche Haftung für den gesetzlichen Vertreter eintritt, während es eine Deliktshaftung für diese nicht gibt.

Nach allem sehen wir, daß zwei verschiedenartige Regelungen getroffen sind, und daß jeder Paragraph in gewisser Beziehung eine Einschränkung, in gewisser Beziehung eine Erweiterung des anderen enthält. Es kann nicht von einem Über- oder Unterordnungsverhältnis geredet werden. Die eine Bestimmung ist nicht die lex generalis, wozu die andere die lex specialis bildet[1]). Von einem solchen Verhältnis kann nur gesprochen werden, wenn an sich gleiche Tatbestände in bestimmten Sonderfällen eine andere Regelung erfahren. Das ist hier nicht der Fall. Auch von einer Korrelation beider Paragraphen, wie Staudinger[2]) dies will, zu reden, ist energisch abzulehnen. Der Satz: bei kontraktlichen Verhältnissen findet eine Haftung nach § 278, § 831 nur bei außerkontraktlichen Verhältnissen Anwendung, würde zahlreiche Fälle haftungsfrei ausgehen lassen[3]). Überall da, wo in Schuldverhältnissen die Anwendung des § 278 versagt, aber dennoch die Vorraussetzungen von § 831 vorliegen, würde nach der Ansicht der Gegner der Geschädigte macht-

[1]) So Nußbaum, S. 72.

[2]) Staudinger, § 831, 6 b; Liszt, S. 165. Der hier vertretenen Ansicht auch Oertmann, § 831, 5.

[3]) Daher Ausdruck „kontraktliche Haftung" in § 278 „außerkontraktliche Haftung" in § 831 nicht einwandfrei! Vgl. S. 28.

los gestellt sein. Ein nicht zu billigendes Ergebnis! U. E. muß man sich von allen diesen Erwägungen frei machen und in den einzelnen Fällen jeden Paragraphen getrennt betrachten. Jeder Parapraph findet dann Anwendung, wenn sein Tatbestand erfüllt ist. Wie es auch im allgemeinen eine Klage-Konkurrenz zwischen Vertragsklage und Deliktsklage geben kann, ist die Konkurrenz auch hier möglich, wenn die vertragliche Verletzung zugleich einen selbstständigen Deliktstatbestand erfüllt[1]).

## IV. Prinzip der Haftung für das Verhalten Dritter.

Die Beantwortung der Frage, ob und wie überhaupt eine Haftung für Dritte eintreten könne, fällt unter das große Problem der Schadensverteilung. Zu allen Zeiten und in allen Rechten hat man dieses größte Problem zu lösen versucht. Es liegt klar auf der Hand, daß man diese Frage mit solcher Wichtigkeit behandeln mußte. Ein Schaden entsteht täglich, stündlich. Wer soll ihn tragen? Der Geschädigte oder der, der ihn hervorrief, also der Schädiger? Im Laufe der Zeiten haben sich zwei Prinzipien herausgebildet. Das Rechtsempfinden der primitivsten Völker geht dahin, daß der, der einen Schaden verursacht hat, ihn auch tragen muß. Ob ihn ein Verschulden trifft, ist gleichgültig, wenn er ihn nur veranlaßt hat. So standen die Römer in den Anfängen ihrer Rechtsentwicklung auf dem Boden dieses sog. Veranlassungsprinzipes[2]). Nicht anders wurde im alten deutschen Recht die Schadenshaftung geregelt. Bald aber lösten sich die römischen Rechtsgelehrten von diesem rohen Veranlassungsprinzip los. Sie ließen nicht mehr den rein äußerlichen Umstand der Veranlassung ausschlaggebend sein, sondern warfen daneben noch ein anderes Moment in die Wagschale: die subjektive Beziehung des Täters zu seiner Tat, die Schuld. Das Verschulden, die culpa, war nun die Hauptvoraussetzung, um den Täter überhaupt schadensersatz-

[1]) Vgl. auch RGR Komm. § 831; wohl auch Oertmann a. a. O. Philipp S. 46; Wolff S. 59; Spornhauer S. 75; a. A. Jähnichen S. 80.

[2]) Jhring, Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 40 f. Wolff, S. 12.

pflichtig machen zu können. „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld[1])" War auch das Verhalten des Täters vorwurfsfrei, so hat der den Schaden zu tragen, der ihn erlitten hat. Wenn er ihm sonst zufällig zugestoßen wäre, hätte er auch niemanden, auf den er ihn abwälzen könnte. Auch das gemeine Recht wurde von dem Grundsatz einer Haftung für Verschulden beherrscht[2]). Zwischen diesen beiden Prinzipien hatte man bei der Schaffung des BGB zu wählen. Es war klar, daß das Schuldprinzip als Regel in das bürgerliche Recht eingeführt werden mußte. Das reine Veranlassungsprinzip wäre für das moderne Wirtschaftsleben unhaltbar gewesen[3]). Man hätte mit seiner Einführung den wirtschaftlichen Verkehr vollkommen lahmgelegt.

Wenn wir bisher von der Regelung der Schadensverteilung redeten, so gingen wir von dem Grundsatz aus, jeder hat für den von ihm selbst verursachten bezw. schuldhaft verursachten Schaden aufzukommen. Eine weitere Haftung für dritte Personen wird man auch in den Uranfängen des geordneten Rechtslebens nicht gekannt haben. Als in Rom das Culpaprinzip das Verursachungsprinzip ablöste, entwickelten sich aber bald Tatbestände, in denen eine Haftung für Dritte eintrat, sei es unter dem Gesichtspunkte der eigenen Schuld, wenn der Prinzipal bei der Auswahl (culpa in eligendo) oder bei der Beaufsichtigung der Gehilfen (culpa in custodiendo) nicht sorgfältig verfahren war, sei es als Ausnahme von der Regel, als Haftung für fremdes Verschulden, z. B. die des pater familias. Auch das deutsche Recht stand auf einem ähnlichen Standpunkt[4]). Nach der Rezeption wurde im gemeinen Recht eine Haftung für dritte Personen recht wenig anerkannt. Hier gab es zunächst die Haftung der Gastwirte, Stallwirte und Schiffer für die Delikte ihrer Leute[5]). Im übrigen schufen die neuen Partikularrechte ausdrücklich nur die Haftung für Dritte beim Werkvertrag. Erst die wirt-

[1]) Jhring, Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 40 f. Wolff, S. 12.
[2]) Vgl. Brückner, S. 17.
[3]) Enneccerus, § 199.
[4]) Stobbe-Lehmann, Bd. III S. 547 ff. Brückner, S. 10 ff.
[5]) Brückner, a. a. O.

schaftlichen Umwälzungen zum Anfang des 19. Jahrhunderts forderten energisch eine Haftung für Dritte. Die Gesetzgebung entsprach, wenn auch recht langsam, diesen neuen Ideen, so z. B. im Preußischen Eisenbahngesetz von 1838, im Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 und später im Reichshaftpflichtgesetz von 1871.

So gestaltete sich in großen Zügen die geschichtliche Entwicklung der Haftung für Dritte, die die Schöpfer des BGB vorfanden. In der Allgemeinheit, in der sie dann eine Haftung für Dritte durch die beiden Kernbestimmungen § 278 und 831 regelten, schufen sie ein völlig modernes, durch die wirtschaftlichen Verhältnisse bedingtes Institut. Wie wir sehen, hat aber eine einheitliche Regelung einer Haftung für Dritte nicht stattgefunden. Man schied eine Haftung, deren rechtliche Begründung ein Schuldverhältnis zwischen Beschädigten und Schädiger bildet, von einer anderen Haftung, als deren Voraussetzung solch Verhältnis nicht gefordert wird. Man hat nach Gründen für eine solche verschiedene Regelung geforscht und besonders die Haftung aus § 278 zu erklären versucht. Dies war auch nur allzuverständlich. Wird doch hier das Verschuldungsprinzip durchbrochen. Es tritt nicht eine Haftung für eigene Schuld, sondern für das Verschulden der Hilfspersonen ein.

Im Falle der Deliktshaftung des § 831 dagegen hält man am Verschuldungsprinzip fest. Der Geschäftsherr haftet für eigenes Verschulden (culpu in eligendo vel custodiendo). Daß für Eintritt der Haftung ein Verschulden des Bestellten nicht vorzuliegen braucht, ist schon bei der Besprechung der Voraussetzungen des § 831 gesagt. Durch die Verschuldungspräsumtion wird nicht etwa das Verschuldensprinzip abgeschwächt, wie Pfeifer und Feder[1]) meinen. Man hat nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit eine Umkehr der Beweislast vorgenommen. Dem Geschädigten würde in den wenigsten Fällen der Beweis gelingen, daß der Geschäftsherr die nötige Sorgfalt nicht angewandt habe. Daher ist der Gegenbeweis des Geschäftsherrn verlangt, dessen Führung meist nicht auf solche Schwierigkeiten stoßen dürfte.

[1]) Pfeifer, S. 55; Feder, S. 90.

Wenn nun aber in § 278 eine schuldlos dastehende Person zur Haftung herangezogen wird, so versuchte man dies mit bekannten Rechtsgedanken in Einklang zu bringen, oder man suchte nach einem neuen Prinzip, welches entweder allein in § 278 oder sogar neben dem Verschuldungsprinzip allgemeine Geltung im ganzen Recht habe, um auch dieser Haftungsbestimmung eine theoretische Grundlage zu geben. Man verwendet das gefundene Prinzip bisweilen bei der Auslegung der Gesetzesbestimmung. Wir müssen uns streng gegen ein solches Verfahren wenden[1]). Man kann wohl ein allgemeines Prinzip aus mehreren Vorschriften aufstellen und bei der Auslegung eines Paragraphen verwenden. Man darf aber nicht ein Prinzip zur Auslegung der Gesetzesnorm benutzen, aus der man allein dieses soeben erst ableitend gefunden hat. Ein solcher gefundener Grundsatz kann nur nützlich sein, um vielleicht als Bestätigung der Richtigkeit der Ansicht und Auffassung zu dienen, die man über eine gesetzliche Bestimmung auf Grund der bekannten Auslegungsregeln vorher erhalten hat.

Im Rahmen dieser Arbeit ist es nicht möglich, auf die verschiedenen Theorien einzugehen. Es sei verwiesen auf die Schriften[2]), die als Gegenstand ihrer Ausführung allein den § 278 behandeln. Wie Fischer[3]) und andere[4]) nachgewiesen haben, vermögen alle aufgestellten Ansichten keine einwandfreie Begründung für die in § 278 aufgestellte Gehilfenhaftung zu geben. Eine aus verkehrs- und wirtschaftspolitischen Bedürfnissen zur Entstehung gelangte Vorschrift dürfte auch schwerlich auf ein einheitliches juristisches Prinzip zurückführbar sein. Wir können uns damit begnügen festzustellen, welche rechtspolitischen Erwägungen für Einführung dieser Vorschrift gesprochen haben.

Bei einer Schädigung durch Hilfspersonen ging man von der Annahme aus, daß eine Ersatzleistung ihrerseits an den Geschädigten in den wenigsten Fällen nur möglich sein

---

[1]) Vgl. Fischer S. 45; Weinreich S. 19.
[2]) Fischer, Weinreich, Jähnichen, Hoffmann, Bartels u. a.
[3]) Fischer, S. 44 ff.
[4]) z. B. Bartels, S. 9 ff; Weinreich S. 32 ff; Jähnichen S. 21 ff.

würde. Sie befinden sich meist in einer sozial ungünstigen Stellung, z. B. als Arbeiter, Geselle oder Dienstbote. Es tritt also die Frage auf, soll der, der sich ihrer bedient, den Schaden tragen oder der Geschädigte. Zwei schuldlose Personen stehen sich gegenüber. Man ließ den Schuldner die Schadenslast tragen und zwar unbedingt, ohne Exculpation. Billigkeitserwägungen waren ausschlaggebend. Durch das starke Anwachsen der Hilfspersonen in den einzelnen Betrieben ist für den Schuldner eine sorgfältige Auswahl in diesen Fällen nicht möglich. Eine gewisse Überwachung seiner Hilfspersonen bei der Ausführung der Erfüllungshandlungen kann er aber eintreten lassen. Muß er nun für alle Schäden haften, so wird er diese sorgfältiger ausgestalten und somit Schädigungen vorbeugen. Der Gläubiger kann indes die Ausführungshandlungen der Hilfspersonen in den wenigsten Fällen überwachen, oftmals fehlt ihm dazu jedes Recht. Er würde in den Betrieb des Schuldners eingreifen. So ist er auch selten in der Lage, wenn er die schädigende Person verantwortlich machen wollte, diese unter den vielen Hilfspersonen herauszufinden. Dagegen ist der Geschäftsherr bei weitem leichter imstande, Ersatz zu verlangen.

Man darf diesen Ausführungen nicht entgegenhalten, dieselben Billigkeitserwägungen sprächen auch für eine unbedingte Haftung bei jedem schädigenden Verhalten, das nicht gerade bei Erfüllung einer Verbindlichkeit gezeigt würde. In dem Falle der deliktischen Haftung besteht nur ein zufällig äußerlicher Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der Deliktshandlung. Dieser kann nicht genügen, eine unbedingte Haftung zu rechtfertigen. Auch wenn keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Bestellten und dem Geschäftsherrn beständen, würde die Möglichkeit sein, daß die Hilfsperson einen beliebigen Dritten schädigt. Gerade das enge Band, das durch das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner entsteht, läßt unter den bekannten Voraussetzungen den Schuldner billigerweise den Schaden tragen.

# III. Teil.

## Mitwirkendes Verschulden von Hilfspersonen des Beschädigten.

Nachdem wir so die gesetzlichen Bestimmungen und das Prinzip der Haftung für dritte Personen erkannt haben, dürfte man meinen, daß eine Entscheidung der Fälle, in denen Hilfspersonen des Beschädigten ein mitwirkendes Verschulden an der Schadensentstehung trifft, keine große Schwierigkeit bieten würde. Handelt es sich doch auch hier gewissermaßen[1]) nur um die Frage einer Haftung für Hilfspersonen. Dennoch ist dieses Problem lebhaft umstritten und die verschiedenen Meinungen gehen weit auseinander. Der Gesetzgeber selbst gab in bedeutendem Masse Anlaß zu diesen Meinungsverschiedenheiten durch seine recht unklar gefaßte Bestimmung in § 254. Hier heißt es im Absatz 2: der § 278 findet entsprechende Anwendung. Außer dieser Verweisung gibt uns keine andere Bestimmung einen Anhalt zur Regelung unserer Frage. Sie allein muß also der Ausgangspunkt für unsere Beurteilung sein.

### I. Aeusere Anwendungskraft der Verweisung.

Was zunächst die Anwendung dieser Vorschrift im Abs. 2 betrifft, so kann man zweifeln, ob diese Verweisung auf

[1]) Es ist juristisch nicht einwandfrei, in diesem Falle von einer „Haftung" des Ersatzberechtigten für Hilfspersonen zu reden. „Haften" bedeutet im technischen Sinne ein Einstehenmüssen für eine übernommene Schuldpflicht, für eine Leistung einem Dritten gegenüber. Ist man sich hierüber klar, so dürfte es vielleicht dennoch der Kürze halber gestattet sein, auch hier von „Haftung" zu reden, wo es sich, genau ausgedrückt, um den Einfluß des mitwirkenden Verschuldens von Hilfspersonen des Ersatzberechtigten auf seine Schadensersatzforderung gegen den Schädiger handelt.

den Verletzten oder den Ersatzpflichtigen zu beziehen ist. Aus der Übereinstimmung des Ausdrucks „Schuldner" in § 278 und § 254 Abs. 2 könnte auf den ersten Blick hin geschlossen werden, es sollte in § 254 die Haftung nach § 278 für den Ersatzpflichtigen eintreten. Diese Auslegung wäre verfehlt. Sie enthält zunächst etwas Selbstverständliches, nämlich daß die allgemeine Bestimmung des § 278 immer auf den Schuldner anzuwenden ist, ohne für „entsprechend" anwendbar erklärt zu werden. Andererseits würde sie zu einem dem § 831 wiedersprechenden Resultat führen. Die Vorschrift bezieht sich also auf den Ersatzberechtigten.

Betrachtet man nun diese Verweisung im Rahmen des ganzen § 254, so sind Bedenken aufgetreten, ob sie wegen ihrer äußeren Stellung als Satz 2 im Absatz 2 nur in diesem Geltung hätte, oder ob sie auch für Abs. 1 in Anwendung gebracht werden könnte. Gegen die Ausdehnung der Verweisung auf Abs. 1 kann u. E. nur der äußere Umstand sprechen, daß sie eben als Satz 2 im Abs. 2 und nicht als Abs. 3 erscheint. Dies veranlaßt auch einige[1]), nur für die Beschränkung auf Abs. 2 einzutreten. Es sei im bürgerlichen Gesetzbuch streng durchgeführt, daß wenn eine Verweisung sich auf einen ganzen Paragraphen beziehen soll, der aus mehreren Absätzen besteht, diese als selbständiger besonderer Absatz erscheint[2]) (vgl. § 1926, 2028, 2180). Man wird den Vertretern dieser Ansicht zugeben müssen, daß die Gesetzestechnik in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch im allgemeinen als planmäßige bezeichnet werden kann. Dennoch darf man sich über diese rein äußerlichen Bedenken hinwegsetzen, besonders wenn stichhaltige Gründe dies erfordern. Auch ist dies umso unbedenklicher, als überhaupt, wie wir schon erwähnten, der § 254 eine redaktionell recht verunglückte Fassung erhalten hat.

Die Entstehungsgeschichte kann nicht für diese oder jene Meinung ins Feld geführt werden[3]). In dem I. und II.

[1]) Cohn S. 118; Feder S. 51; Fischer S. 65; Mehl S. 39; Rospatt S. 96.
[2]) Fischer, a. a. O.
[3]) Rospatt a. a. O. benutzt sie als Argument für die Einschränkung Traeger dagegen auf S. 341 für die Ausdehnung der Verweisung.

Entwurf ist in den betreffenden Paragraphen die Verweisung oder eine ähnliche Andeutung noch nicht vorhanden. Erst der revidierte II. Entwurf in § 249 und die Reichstagsvorlage in § 248 enthalten eine solche Verweisung, ohne daß die Protokolle über den Grund der Änderung Aufschluß geben.[1])

Man hat weiter noch aus anderen Gründen, die wir uns zu eigen machen können, die Ausdehnung für berechtigt erachtet. Die am Anfang des Abs. 2 stehenden Worte: „dies gilt auch dann", zeigen, daß die beiden Absätze im engsten Zusammenhang stehen und im Abs. 2 nur eine Erläuterung und nähere Ausführung des im Abs. 1 aufgestellten Grundsatzes gebracht wird[2]). Auch erscheinen wohl die Fälle des Abs. 2 im Sinne des Gesetzes gegenüber dem des Abs. 1 als die minder schweren. In der Auffassung des Lebens dürfte man eine Unterlassung gegenüber einer positiven Mitschädigung als ein geringeres Verschulden ansehen. Auch das Gesetz gibt dieser Ansicht Ausdruck, wenn es davon spricht, daß sich das Verschulden „darauf beschränkt"[3]). Da endlich in § 241 das Tun dem Unterlassen gleichgestellt wird[4]), ist nicht einzusehen, warum nur das Unterlassen von Hilfspersonen, das ein geringeres Verschulden enthält, eine Haftung auslösen soll, nicht aber das positive Mitwirken in den Fällen des Abs. 1.

Auch sind materiell-rechtliche Bedenken zurückzuweisen, die von Seiten der Gegner unserer Ansicht geltend gemacht sind[5]). Sie glauben eine Ausdehnung nicht billigen zu können, da nur im Falle des Abs. 2 die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 278 vorlägen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 278 sei das Vorliegen einer Verbindlichkeit. Eine solche lasse sich nur in den Fällen des Abs. 2 feststellen. Ohne auf den Streit der Bedeutung des § 278 in dieser Verweisung schon jetzt einzugehen, können doch

[1]) Bernhöft u. Binder S. 165.
[2]) Oertmann § 254, 5 a; Schröder S. 302, vgl. auch S. 24 f.
[3]) Grünebaum S. 97.
[4]) v. Leyden, S. 80.
[5]) Feder S. 51; Heyn S. 57; Rospatt S. 96; früher wohl Leonhard, Beweislast S. 347; u. im Lehrb. 1. Aufl. S. 55.

diese Bedenken nicht dahin führen, die entsprechende Anwendung des § 278 überhaupt im Rahmen des Abs. 1 zu leugnen.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß eine entsprechende Anwendung des § 278 auch im Falle des Abs. 1 möglich ist, sei es daß man die Rechtfertigung dieses Ergebnisses in einer ausdehnenden Interpretation des Gesetzes sieht[1]), sei es, daß man ein Redaktionsversehen annimmt und die Verweisung als Abs. 3 betrachtet[2]).

Diese Ausdehnung der äußeren Anwendungskraft der Verweisung dürfte wohl heute nicht mehr von Wissenschaft und Praxis eine Ablehnung erfahren. Im Gegensatz dazu ist die inhaltliche Auslegung der Verweisung eines der noch heute bestrittensten Probleme des § 254.

## II. Inhaltliche Auslegung der Verweisung.

In der Frage der inhaltlichen Auslegung steht besonders das Reichsgericht in beständigen Kampf mit dem größten Teil der Wissenschaft. Während vielleicht in früheren Entscheidungen der Standpunkt des Reichsgericht oftmals nicht klar ausgesprochen wurde[3]), kann jetzt von einer sich widersprechenden Ansicht nicht mehr die Rede sein, sondern es ist eine einheitliche feste Lehre entwickelt[4]). Es stehen sich in diesem Streit folgende Grundanschauungen gegenüber. Die Anschauung, die als herrschende in der Wissenschaft[5]) bezeichnet werden kann, ist folgende: Der Beschädigte hat in § 254 ein Verschulden seiner Hilfspersonen immer zu vertreten, mag er in einem Vertragsverhältnis zu dem Ersatzpflichtigen stehen oder er sich einem gewöhnlichen Dritten gegenüber befinden, besonders es sich um eine unerlaubte Handlung handeln. Es kommt immer das Verschulden

[1]) Traeger, a. a. O; Rosenthal S. 59.
[2]) Kahn S. 367; Staudinger zu § 254, 5.
[3]) RG Bd. 62 S. 106 und RG Bd. 62 S. 349.
[4]) RG in Seuff. Arch. Bd. 71, S. 185; RG im Recht 1923 S. 325.
[5]) Enneccerus, § 236; Staudinger zu § 254, 5; Planck zu § 254, 5; Oertmann zu § 254, 5; Przibilla, a. a. O. Grünebaum a. a. O. Leyden S. 80; Gottschalk S. 119; Traeger S. 341; Schröder S. 302 Rosenthal S. 56; Kupsch S. 12 u. a.

solcher Personen in Betracht, deren sich der Beschädigte zur Erfüllung der ihm zwecks Schadensabwendung obliegenden eigenen Interessenbetätigung bedient[1]).

Im Gegensatz hierzu steht die andere Ansicht[2]), die besonders das Reichsgericht verteidigt. Sie geht dahin, auch in § 254 darf eine Haftung aus § 278 nur bei bestehenden Schuldverhältnissen eintreten, in den anderen Fällen kommt eine Haftung aus der anderen Bestimmung unseres Gesetzes, die eine Verantwortlichkeit für Dritte regelt, nämlich § 831, in Betracht.

### 1) Herrschende Lehre der Wissenschaft.

Es soll in folgenden Ausführungen die Ansicht der Gegner wiedergegeben werden, vor allen Dingen ihre verschiedenartige Begründung. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, wird sofort an Ort und Stelle Kritik geübt werden. Unbedingt hervorzuheben ist, daß auch die Gegenansicht sich dessen voll und ganz bewußt ist, daß eine Haftung nach § 278 nur im Rahmen eines Schuldverhältnisses bei Erfüllung einer Verbindlichkeit gegeben sein kann. Um trotzdem eine Anwendung des § 278 auf alle Fälle in § 254 gestatten zu können, werden die verschiedenartigsten Momente für eine Rechtfertigung angeführt. Es war erklärlich, daß man zunächst zu beweisen suchte, daß es sich auch im § 254 um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt.

Nach Cosack[3]) soll das Gesetz den Geschädigten in § 254 so behandeln, als sei er verpflichtet, seine Güter vor Schaden zu bewahren. Dies soll die angebliche „Verbindlichkeit“ sein, bedient er sich bei deren Erfüllung der Hilfe Dritter, so hat er ihr Verschulden nach § 278 zu vertreten. Ähnlich versteht v. Leyden[4]) unter „Erfüllung einer Verbindlichkeit entsprechend“ ein ordnungsmäßiges Verhalten, d. h.

---

[1]) Staudinger a. a. O.; Oertmann a. a. O.

[2]) Endemann § 132 Anm. 25; Schollmeyer zu § 254, 6. c RG Bd. 75 S. 258; Bd. 76 S. 317; Bd. 91 S. 138; Rg in Seuff. Arch. Bd. 71 S. 185.

[3]) 2. Aufl. S. 318; ob C auch noch in der 6. Aufl. dieser Ansicht ist, erscheint zweifelhaft.

[4]) v. Leyden a. a. O. S. 80.

die Anwendung einer dem normalen Menschen obliegenden Sorgfalt auf seine Person und sein Vermögen. Die Betätigung dieser Sorgfalt entspricht für ihn der Erfüllung der Verbindlichkeit, sodaß der Beschädigte für das Verschulden derjenigen Personen zu haften hat, „deren er sich in der fraglichen Beziehung zur Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bedient".

Auch Schröder[1]) sucht das Bestehen einer Verbindlichkeit in § 254 nachzuweisen, um eine Wesensähnlichkeit beider Paragraphen, des § 254 und des § 278 darzulegen. Man dürfte die Parallele nicht darin suchen, daß der Beschädigte als Gläubiger der Schadensersatzpflicht auftritt und Ersatz fordert. Es läßt vielmehr den Beschädigten als Schuldner erscheinen, indem er sagt: da in § 254 dem Ersatzverpflichteten das Recht gewährt würde, wegen des Verschuldens des Selbstschädigers nur teilweise oder gar nicht Ersatz zu leisten, tritt der Verpflichtete seinerseits mit der Forderung gegen den Ersatzberechtigten auf: „Enthalte dich deines Anspruchs, da dich ein Verschulden trifft".

Endlich sieht wohl auch Oertmann[2]) die Erfüllung einer Verbindlichkeit darin, daß sich der Beschädigte zur Erfüllung der ihm zwecks Schadensabwendung obliegenden eigenen Interessenbetätigung anderer Personen bedient.

Alle diese Erklärungsversuche dürften als mißlungen gelten. Voraussetzung des Bestehens einer solchen Verpflichtung im juristischen Sinn ist eine Rechtspflicht. Daß es sich aber in § 254 um eine solche nicht handeln kann, haben wir schon früher gezeigt. Solche Verpflichtungen können also nicht der reale Inhalt eines Schuldverhältnisses sein. Gegen die eigentümliche Konstruktion eines Schuldverhältnisses von Schröder läßt sich mit Recht einwenden: bei der Erfüllung dieser aufgestellten Verbindlichkeit „enthalte dich deines Anspruchs" bedient sich der Beschädigte nicht eines Gehilfen. Die Verbindlichkeit bestände ja dann darin, nicht Schadenersatz fordern zu dürfen!

Andere Anhänger der gegnerischen Lehre haben er-

[1]) Schröder, a. a. O. S. 309.
[2]) a. a. O. § 254.

kannt, daß für § 254 ein solches Schuldverhältnis nicht zu konstruieren ist. Sie haben dann dem Wortlaut der Verweisung genaueste Beachtung geschenkt und aus ihm die Folgerung gezogen, daß eine Verbindlichkeit für die Anwendung des § 278 in § 254 überhaupt nicht gegeben zu sein braucht. Sie meinen, die Ausdrucksweise des Gesetzes „entsprechende Anwendung" berechtige sie zu ihrer Auffassung. Es müsse hier beachtet werden, daß der Gesetzgeber nicht eine einfache Anwendung vorgeschrieben habe, wie an vielen anderen Stellen, sondern das Wörtchen „entsprechend" deute darauf hin, daß eine Verschiedenheit bestehe. Willkürlich würde der Gesetzgeber nicht eine verschiedene Ausdrucksweise gewählt haben.

Bei einer Untersuchung, worin diese Verschiedenheit besteht, kommt Kahn[1]) ungefähr zu folgendem Ergebnis: Wenn der Gesetzgeber die Anwendung einer Vorschrift in einer anderen Gesetzesbestimmung schlechthin vorschreibt, so sind die in beiden Bestimmungen enthaltenen Rechtsvoraussetzungen die gleichen. Man kann hier ohne weiteres die angezogene Bestimmung in die Gesetzesbestimmung, in der die Verweisung steht, einsetzen. An die gleichen Voraussetzungen knüpfen sich hier die gleichen Rechtsfolgen an. Wenn aber die „entsprechende" Anwendung vorgeschrieben ist, so sind die Rechtsvoraussetzungen beider Paragraphen verschieden. Dennoch sollen trotz Verschiedenheit der Rechtsvoraussetzungen die Rechtsfolgen des in der Verweisung enthaltenen Bestimmungen eintreten. In § 278 ist nun Rechtsvoraussetzung, daß ein Schuldner sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit dritter Personen bedient; als Rechtsfolge knüpft sich daran eine Haftung für diese Personen. Würde nun diese Voraussetzung auch in § 254 bestehen, so dürfte nicht eine „entsprechende" Anwendung von § 278 vorgeschrieben sein, sondern (direkte) Anwendung. Da aber § 278 entsprechende Anwendung finden soll, so ist damit gesagt, daß die Rechtsvoraussetzungen beider Bestimmungen verschieden sind und trotzdem die Rechtswirkungen des § 278 eintreten

[1]) Kahn, S. 354 auch Przibilla S. 182; Nathan a. a. O.; Rosenthal S. 63.

sollen. Dann besteht aber auch die Möglichkeit, § 278 in § 254 bei Fehlen seiner Voraussetzungen anzuwenden.

Aehnliche Erwägungen stellte schon vor Kahn, Schöder[1]) auf. Das Gesetz schreibe Analogie, Ausdehnung der Regeln eines Tatbestandes auf einen andern wegen Gleichheit des Grundes vor, wenn es eine entsprechende Anwendung gebiete. Eine analoge Anwendung sei aber nur möglich bei wesensähnlichen, nicht aber bei wesensgleichen Bestimmungen. Wesensgleichheit würde aber vorliegen, wenn man die Anwendung des § 278 nur in Schuldverhältnissen gestatte.

In den Ausführungen beider steckt der Vorwurf gegen die Vertreter unserer Ansicht, daß das Wörtchen „entsprechend" von uns nicht gebührend berücksichtigt würde. Dieser Vorwurf muß zurückgewiesen werden. Die Gegner verkennen, daß eine Ungleichheit der Voraussetzungen beider Tatbestände immer vorliegt. Es handelt sich in § 254 um ein Verschulden im nichttechnischen Sinn[2]), das eine Minderung der eigenen Schadensersatzforderung, im § 278 dagegen um das eigentliche Verschulden, das eine Haftung Dritten gegenüber zur Folge hat. Auch hat in § 278 der Schuldner das Verschulden zu vertreten, während im § 254 der Geschädigte, der nicht Schuldner, sondern Gläubiger einer Ersatzforderung im Sinne dieses Paragraphen ist, das Verschulden seiner Hilfspersonen sich anrechnen lassen muß. Somit wenden auch wir § 278 „entsprechend" an und nicht etwa direkt. Das Wörtchen entsprechend ist in unserem Gedankengang nicht unnötig oder überflüssig. Der Unterschied beider Ansichten liegt nur darin, daß die Gegner aus dem Wörtchen entsprechend eine wesentlich weitere Auslegung als wir folgern zu dürfen glauben.

Eine dritte Gruppe von Schriftstellern endlich sieht von jeder Erklärung aus dem Wortlaut oder der Konstruktion einer Verbindlichkeit ab[3]). Sie hält im Gebiete des § 254 eine entsprechende Anwendung des § 278 für alle Fälle einer Schadensersatzpflicht vorgeschrieben. Der Hauptgrund

[1]) Schröder S. 306.

[2]) Von den seltenen besonderen Fällen der Obligation auf S. 17 abgesehen.

[3]) Planck, § 254, 5; vgl. Enneccerus, § 236 Anm. 11.

ist für sie Billigkeitserwägungen; Gerechtigkeit und Billigkeit fordere, daß der Geschädigte nicht den durch einen Dritten und die eigenen Gehilfen verschuldeten Schaden dem Dritten allein aufbürde. Mag dies auch richtig sein[1]), so führt die unbeschränkte Haftung des § 278 eine auffallende Rechtsungleichheit zu Ungunsten des Beschädigten herbei. Während auf der einen Seite der Schädiger im Gebiet der unerlaubten Handlungen für seine Hilfspersonen nur nach § 831 zu haften hat, er also im Prozess mit allen Mitteln versuchen wird, den Entlastungsbeweis zu führen, würde der Beschädigte bei einer solchen Anwendung von § 278 im Bereiche der unerlaubten Handlungen unbedingt für das Verschulden eintreten müssen[2]). Die Parteien würden ein solches Verfahren mit Recht als höchst unbillig empfinden. Die Gegner können diese Rechtsungleichheit nicht ableugnen, sie suchen damit ihre Ansicht vor sich selbst zu rechtfertigen, diese Rechtsungleichheit gerade als vollkommen zu Recht bestehend hinzustellen[3]). So ist Cosack der Ansicht[4]), daß der geschädigte Kläger nicht jeder Begünstigung teilhaft zu werden braucht, die das Gesetz dem Beklagten zuweise, denn der Beschädigte erhebe Ansprüche, während der Schädiger sie nur abwehre.

Diese Begründung mit ihrer Folgerung ist abzulehnen. Man wollte durch § 254 eine billige Schadensverteilung erreichen. Bei dieser Regelung sollte aber kaum der Ersatzberechtigte, der ja der Beschädigte ist, eine besonders schlechte Stellung gegenüber dem Schädiger erhalten.

### 2) Unsere Ansicht:
### Anwendung der Regeln einer Haftung für Dritte im Falle des mitwirkenden Verschuldens.

Wir haben oben in Teil II der Abhandlung erkannt, welche Regelung in unserem Gesetz die Haftung für Hilfspersonen erfahren hat. Unser Gesetz kennt allgemein eine

---

[1]) Vgl. S. 61 f. dieser Arbeit.
[2]) Vgl. RG Bd. 62 S. 349.
[3]) Kupsch, S. 26.
[4]) Cosak, a. a. O. S. 377; auch Nathan, S. 28; vgl. auch Enneccerus § 236.

Haftung für Dritte. Sie ist aber ganz verschiedenartig geregelt worden, je nachdem es sich, kurz gesagt, um kontraktliche oder außerkontraktliche Verhältnisse handelt. Es ist also eine grundsätzliche Regelung getroffen. Sollte dieser Grundsatz dort nicht Geltung haben, wo eine „Haftung" für Dritte sich selbst gegenüber eintritt? Sollte hier dem Grundgedanken der Haftung für Hilfspersonen Dritten gegenüber vollkommen widersprechende Entscheidungen gefällt werden, wenn eine „Haftung" für mitwirkendes Verschulden von Hilfspersonen in Frage kommt? Diese Frage nur darum zu bejahen, weil eine Haftung Dritten gegenüber nicht vorliegt[1]), kann nur zu billigen sein, wenn andere überzeugende Gründe dafür sprechen. Dann darf man sich über dieses Haftungsprinzip hinwegsetzen und für eine unbeschränkte Haftung für Hilfspersonen eintreten. Die Gründe der Gegner haben uns nicht überzeugen können. Im Gegenteil! Wir glauben sie wiederlegt zu haben. Der Wortlaut des § 254, seine Entstehungsgeschichte und Billigkeitsmomente sprechen nicht für sie. Nach dieser Erkenntnis aber müssen wir den Zusammenhang des gesamten Rechts zur Klärung heranziehen und dürfen hierbei nicht das bestehende Haftungsprinzip durchbrechen. Die Tatsache, daß nur § 278 in § 254 erwähnt ist, kann uns nicht davon zurückhalten. Man hat hieraus den Schluß gezogen, der Gesetzgeber habe nur § 278 allein in allen Fällen angewandt wissen wollen. Dagegen ist einzuwenden, der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung nicht maßgeblich sein[2]). Recht selten könnte sich eine solche verborgene Willensregung feststellen lassen, andererseits ist sie wohl niemals bei der Schaffung des Gesetzes erforscht worden. Der Gesetzgeber erklärt für den Staat was rechtens ist, aber er offenbart nicht seinen Willen. Was er „ausspricht", ist verbindlich, nicht was er „denkt". Also kann für uns das Argument, das durch fehlenden Hinweis auf § 831 der Gesetzgeber diese Bestimmung hätte ausschließen wollen[3]), nicht durchschlagend sein.

[1]) Winter, a. a. O. S. 352.
[2]) Vgl. Leonhard, Rektoratsrede 1917 S. 7 f.
[3]) Vgl. Kupsch, a. a. O.

Es ist nur ein kleiner Schritt im Wege der Analogie die andere Grundbestimmung eines ausgesprochenen Prinzips heranzuziehen und anzuwenden, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen. Das Reichsgericht[1]) führt diesen Gedanken ähnlich im 77. Band aus: „Nun erhält aber der § 831 nicht minder den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens als § 278; in beiden Fällen handelt es sich um die Haftung für fremdes Verhalten, das verschieden geregelt wird, je nachdem die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder die wiederrechtliche Schadenszufügung in Ausführung einer Verrichtung in Frage kommt. Wird der eine dieser Rechtsgrundsätze im Falle des mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten angewendet, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht auch der andere anwendbar sein sollte".

Auch der weiteren Erwägung des Reichsgerichts in derselben Entscheidung ist beizustimmen. Die Ausdehnung des § 831 auf § 254 liegt näher als die des § 278, denn nach feststehender Ansicht[2]) tritt im § 831 eine Haftung für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn ein, wenn auch für fremde Widerrechtlichkeit, während § 278 eine Haftung für fremdes Verschulden festsetzt.

Man hat materiell-rechtliche Bedenken gegen eine Anwendbarkeit von § 831 ins Feld geführt. Heuer[3]), ihm folgt ohne weitere Begründung Staudinger[4]), lehnt die Anwendung des § 831 aus dem Grunde ab, weil § 831 nur eine Haftung für Schadenszufügung Dritten gegenüber regele. § 831 enthalte nicht die Bestimmung, dass man ein Verschulden (er meint wohl ein Verhalten!) seiner Angestellten sich selbst gegenüber zu vertreten habe. Man dürfe einer Gesetzesbestimmung auch nicht durch ausdehnende Auslegung einen Inhalt unterschieben, den sie nicht habe, noch haben wolle.

Was diese letzte Erklärung anbetrifft, so haben wir schon oben gesagt, daß der angebliche Wille für uns nicht maßgebend sein kann. Auch die Beweisführung ist irrig. § 278

[1]) RG Bd. 77 S. 212.
[2]) Vgl. S. 39 f. dieser Arbeit.
[3]) Recht 02 S. 142.
[4]) zu § 831, 3 a; auch Hinze, a. a. O. S. 230.

regelt ebenso wie § 831 gewöhnlich nur eine Verantwortlichkeit Dritten gegenüber. Es kann eben in § 254 auch nur eine „entsprechende“ Anwendung des § 831 in Frage kommen[1]).

Bedenken können darüber auftauchen, ob die in § 831 vom Gesetz aufgestellte Schuldpräsumtion nicht dem Gedanken von § 254 widerspricht, in dem ein Verschulden des Mitwirkenden als Rechtsvoraussetzung verlangt wird[2]). Es können Fälle eintreten, in denen der Geschädigte den Entlastungsbeweis nicht führen kann, also vielleicht haften muß, obwohl in Wahrheit auf seiner Seite kein Verschulden vorliegt. Diese Bedenken können unseren Standpunkt nicht erschüttern. Es sind Bedenken der Praxis. Sie ergeben sich aus der Umkehr der Beweislast in § 831, die ja dazu geführt hat, daß manche in § 831 eine Duchbrechung des Verschuldensprinzips erblicken wollen[3]). Es ist ganz allgemein zu bemerken, daß es immer möglich ist, daß derjenige, dem die Beweislast obliegt, nur deshalb den Prozess verliert, weil ihm die Beweisführung nicht gelingt. Trotzdem wird es für den Beschädigten im § 254 meist günstiger sein, einen Entlastungsbeweis zu versuchen, als unbedingt nach § 278 zu haften. In der Theorie liegen rechtlich keine Bedenken vor. Verschulden ist in beiden Bestimmungen, im § 254 wie im § 831 eine Rechtsvoraussetzung, wenn es auch im § 831 präsumiert wird.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß die zwei Haupthaftungsbestimmugen für schädigendes Verhalten Dritter im 254 entsprechend Anwendung finden, wenn ihre Rechtsvoraussetzungen gegeben sind. Diesen Voraussetzungen muß noch eine eingehende Betrachtung geschenkt werden. Wie gestaltet sich die Anwendung in den einzelnen Fällen?

A erhält von B eine Maschine geliefert. A hatte sich verpflichtet, bei dem Aufstellen der Maschine mitzuhelfen. Er verwendet dazu Hilfspersonen. Durch Verschulden des B und der Leute des A. wird die Maschine beschädigt und unbrauchbar.

---

[1]) Vgl. auch Elsaß, S. 43.
[2]) Wohl Heuer a. a. O.
[3]) Vgl. S. 44 dieser Arbeit.

Es ist klar, daß für A eine Haftung nach § 278 eintritt. Er muß sich eine Herabsetzung seines Schadensersatzanspruches gefallen lassen. Die Voraussetzungen des § 278 liegen vor. Bei Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung verwandte er Hilfspersonen, die ein Verschulden trifft § 278 findet Anwendung.

Ähnlich ist es in dem zweiten Fall auf S. 17, wenn A z. B. einem Dritten die Verwaltung des Grundstücks übertragen hätte. Würde der Verwalter schuldhaft die Anzeige versäumen, so ist sein Verschulden dem A nach § 278 in § 254 zuzurechnen. Dies dürften nicht zu bestreitende Entscheidungen sein.

Anders ist die Sachlage in folgenden Fällen: 1. A läßt durch seinen Boten einen Wagen bestellen mit dem Bemerken, daß er bei nicht rechtzeitigen Eintreffens des Wagens zu der bestimmten Stunde ein wichtiges Geschäft versäumen würde. Der Bote unterläßt, bei der Bestellung auf die Wichtigkeit des Geschäfts aufmerksam zu machen. Durch zu spätes Eintreffen des Wagens entsteht dem A ein großer Schade[1]).

2. A läßt durch den Frachtführer B ein Frachtgut an C senden. Auf der Fahrt wird durch Verschulden der Leute des Frachtführers das Frachtgut beschädigt. Es steht fest, daß auch durch die mangelhafte Verpackung des Frachgutes seitens der Leute des A der Schade entstanden ist.

3. Die Leute des A helfen freiwillig beim Aufstellen einer Maschine, die B den A zu liefern hat. Durch Verschulden der Leute des B und der Leute des A wird die Maschine beschädigt.

Dies sind Fälle, die u. E. gleiche Behandlung erfahren müssen. Es findet bei ihnen § 278 eine „entsprechende" Anwendung im § 254. Die Voraussetzungen des § 278 für eine entsprechende Anwendung sind gegeben. Gefordert wird ein Verschulden der Hilfspersonen bei Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Wir hatten oben[2]) bei einer Untersuchung über das Wesen des mitwirkenden Verschuldens gesagt, das der Ersatzberechtigte gewissermaßen eine Pflicht dem Ersatzpflichtigen

[1]) Vgl. Schröder, S. 300.
[2]) Vgl. S. 18 f. dieser Arbeit.

gegenüber habe, nicht zu einer Schädigung mitzuwirken. Er sei zwar nicht Schuldner einer Pflicht im Rechtssinne, aber es bestehe doch eine Art Schuldnerpflicht, es bestände für ihn eine „indirekte" Verpflichtung. Es ist ferner daran zu erinnern, daß wir im § 278 eine Unterscheidung zwischen einklagbaren und nicht verfolgbaren Verpflichtungen nicht gemacht haben. Wenn eine Hauptverbindlichkeit, ein durch Klage verfolgbares Schuldverhältnis, bestand, sollte auch bei Erfüllung der nicht durch Klage erzwingbaren Verpflichtungen eine Haftung nach § 278 stattfinden.

Auf Grund dieser beiden Feststellungen können wir § 278 in unseren und ähnlichen Fällen entsprechend anwenden. In den erwähnten Beispielen handelt es sich um durch Klage verfolgbare Schuldverhältnisse: Werkvertrag, Frachtvertrag, Werklieferungsvertrag. Zwischen Personen, die durch Verträge in nähere Beziehungen getreten sind, besteht ein enges rechtliches Band. Es entstehen für beide Teile, Gläubiger wie Schuldner, Rechte und Pflichten, die besonders durch die engen vertraglichen Beziehungen vermehrt und vergrößert sind. Besondere Sorgfaltspflichten gab es für den Schuldner, sie bestehen aber auch für den Gläubiger, wenn er berechtigt, nicht auch verpflichtet mit tätig wird. Verletzt eine Hilfsperson diese indirekte Verpflichtung des § 254 in Verträgen, so muß der Beschädigte sich dies Verschulden auf seine Ersatzforderung in Anrechnung bringen lassen[1]). Das „Entsprechende" der Anwendung liegt darin, daß es sich um eine indirekte Verpflichtung des Beschädigten, der eigentlich Gläubiger ist, handelt und kein Verschulden im technischen Sinne vorliegt. Ähnlich äußert sich Mehl[2]): „Man betrachte folgendes Beispiel. A hat durch seinen Gehilfen B Getreide von C gekauft. Die Verbindlichkeit des C besteht hier in der Verpflichtung zur Lieferung, die des A in der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises. Wenn jetzt der Gehilfe des B es schuldhafterweise unterläßt, einen Deckungskauf abzuschließen und wenn dadurch der Schaden vergrößert

[1]) Ähnlich RG in Seuff. Arch. Bd. 71 S. 185; vgl. auch später, S. 70 f. dieser Arbeit.
[2]) Mehl, S. 48.

wird, so verletzt damit B nicht die seinem Machtgeber aus dem Vertrage treffende — wir fügen hinzu, rechtliche — Verbindlichkeit, denn diese geht nur auf Zahlung des Kaufpreises. Daher ist § 278 auf das Verschulden des B nicht unmittelbar anwendbar, sondern nur auf Grund der ausdrücklichen Verweisung."

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses scheint uns auch eine Erwägung nach Billigkeitsmomenten zu zeigen. In allen Fällen wird der Schädiger für das Verschulden seiner Hilfspersonen zu haften haben. Dem entspricht eine „Haftung" des Beschädigten für ihr mitwirkendes Verschulden.

Zurückzuweisen wäre ein Einwand derer, die gegen uns denselben Vorwurf erheben wie gegen Leyden und Cosack, auch unsere Verpflichtung des § 254 sei keine Verpflichtung im juristischen Sinne und daher § 254 auf diese Art nicht anwendbar. Es ist von uns oft betont, daß im § 254 keine juristische Verpflichtung zu sehen ist. Trotzdem sagen wir, liegt ein klagbares Schuldverhältnis vor und verletzt der eine Teil innerhalb desselben die indirekte Verpflichtung des § 254, so kann § 278 Anwendung finden, gleichwie der Entleiher einer Sache für die Beschädigung derselben während des Gebrauchs durch eine Hilfsperson nach § 278 zu haften hat, oder das Reichsgericht eine Haftung des Absenders für Verschulden der bei der Ablieferung der Güter tätigen Personen annahm, obwohl der Frachtführer keinen Anspruch auf Überlieferung des Gutes hat[1]).

Wir wenden uns folgenden Fällen zu. Der Kutschwagen eines Fabrikanten stößt an einer Straßenkreuzung mit einem Mietauto einer Automobilgesellschaft infolge beiderseitigen Verschuldens zusammen. Der Kutschwagen wird zertrümmert. Der Fabrikant fordert von der Automobilgesellschaft Schadensersatz.

Solche Fälle kommen bei dem entwickelten Verkehr heute tagtäglich vor, wie überhaupt gerade im Gebiet der unerlaubten Handlungen mitwirkendes Verschulden des Beschädigten die größte Rolle spielt.

[1]) RG im Recht 1910 Nr. 1664. Staub zu § 429 Anm. 29.

Unsere Entscheidung ist folgende. Gelingt der Automobilgesellschaft der Entlastungsbeweis aus § 831 nicht, so haftet sie. Der Fabrikant muß aber auch seinerseits sich nach § 831 zu entlasten versuchen, um nicht eine Herabsetzung seiner Schadensersatzforderung wegen des mitwirkenden Verschuldens seines Kutschers in Kauf nehmen zu müssen. Die Gegner würden ihn unbedingt nach § 278 für das mitwirkenden Verschulden seines Kutschers haften lassen. Eine uns nicht billig erscheinende Entscheidung!

Erweist sich aber die Richtigkeit unserer Ansicht auch in folgenden Fällen?

1. Ein auf der Straße spielendes Kind läuft in mein Fahrrad und verletzt sich. Auch mich trifft am Unglück ein Verschulden. Kann der Vater als gesetzlicher Vertreter des Kindes vollen Schadensersatz fordern?

Wir hatten schon früher[1]) bemerkt, daß in solchen Fällen Unbilligkeiten entstehen könnten, wenn die Voraussetzungen des § 827 oder § 828 nicht gegeben wären. Auch eine Ausgleichung auf Grund des § 829 dürfte nur in den wenigsten Fällen in Betracht kommen.

2. Ein dreijähriges Kind stürzt infolge ungenügender Beaufsichtigung seitens des Vaters aus dem fahrenden Eisenbahnzug. Der Vater als gesetzlicher Vertreter des Kindes klagt gegen die Eisenbahn. Wird er vollen Schadensersatz fordern können[2])?

Auch hier kann das eigene Verschulden des Kindes nicht herangezogen werden. Es handelt nicht im juristischen Sinne schuldhaft. Die Gegner unserer Ansicht würden dem Radfahrer bezw. der Eisenbahn gestatten, dem Klagerecht des Kindes eine Einwendung, nähmlich die Einrede des mitwirkenden Verschuldens des gesetzlichen Vertreters entgegenzuhalten[3]). § 278 findet in § 254 „entsprechend“ Anwendung,

[1]) S. 23 f. dieser Arbeit.

[2]) Aehnlich RG Bd. 62 S. 346.

[3]) Es ist bestritten, als was sich das Vorbringen des Beklagten darstellt. Vgl. über diese Frage Leonhard, Beweislast 1926 S. 318 f. U. E. kann man in dem Vorbringen des mitwirkenden Verschuldens kein Leugnen des Klaggrundes sehen. Wenn der Beklagte behauptet, es läge kein Kausalzusammenhang zwischen seiner Tat und dem Erfolg vor, so bringt er nicht eine bestimmte Vorschrift, nämlich den § 254 vor, sondern sein Vorbringen

Forts. S. 63.

also muß eine Herabsetzung der Schadensforderung stattfinden[1]). Wie lautet unsere Entscheidung? Ein Schuldverhältnis liegt zwischen beiden Teilen nicht vor. Es fragt sich, ob ein solches überhaupt im Falle des Verschuldens eines gesetzlichen Vertreters im § 278 gefordert wird. Der Gesetzestext ist ungenau. Es wird nur vom Verschulden des gesetzlichen Vertreters gesprochen, das der Schuldner zu vertreten hat. Aber trotz dieses allgemeinen Wortlauts haftet der Vertretene für den Vertreter nicht überall, sondern nur dann, wenn dieser als Vertreter für ihn auftritt und auch dann nur wegen Verletzung einer Erfüllungshandlung. Dies geht aus der Stellung des § 278 im Abschnitt „Verpflichtung zur Leistung" und der Analogie der Gehilfenhaftung hervor. Der Gesetzestext würde richtiger lauten, ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters, „der die Verbindlichkeiten des Schuldners erfüllt"[2]). Ferner stände eine unbeschränkte Anwendung des § 278 mit dem § 832 im Widerspruch. In dieser Bestimmung wird gerade gesagt, daß der Aufsichtspflichtige unter bestimmten Voraussetzungen haften muß, wenn er seiner Aufsichtspflicht nicht genügt hat. Es wäre auch für den Aufsichtsbefohlenen höchst unbillig, für den gesetzlichen Vertreter, der ihm unfreiwillig durch das Gesetz bestimmt ist, immer haften zu müssen, aber nicht für den, den er sich freiwillig auf Grund eines Vertrages als Aufsichtsperson gewählt hat. In solchen Fällen gilt nur § 832, wo eine gleiche Regelung für die Aufsichtsperson aus Gesetz und Vertrag getroffen ist.

In diesen Fällen ist also für uns § 278 mit § 254 nicht anwendbar. Es ist auch die Ansicht, die in dem RG-Kommentar[3]) erwähnt wird, eine Anwendung des § 832 würde die

ist ganz allgemeiner Art. Er leugnet den für jede Schadensersatzklage notwendigen Kausalzusammenhang. Bringt er aber das mitwirkendes Verschulden des § 254 vor, so behauptet er, daß trotz des Kausalzusammenhanges zwischen seiner Handlung und dem Erfolg wegen des mitwirkenden Verschulden des Klägers durch diese besondere Vorschrift die Haftung beschränkt ist. Sein Vorbringen des § 254 stellt sich also als Einrede dar. Die Beweislast, liegt dem Beklagten, dem Ersatzpflichtigen ob.

[1]) Vgl. Rosenthal S. 54.

[2]) Feder S. 79; Oertmann zu § 278; Planck zu § 278, 2; Staudinger zu § 278, 2 a; Titze S. 87.

[3]) RG-Komm. § 238.

Heranziehung des § 831 für die Auslegung des § 254 wirksam ergänzen, abzulehnen. Zunächst müssen wir feststellen, daß eine Parallelbestimmung des § 831 in diesem Sinne nicht besteht. Nach § 831 haftet der Geschäftsherr für Dritte, nach § 832 aber nicht der Aufsichtsbefohlene für den Vertreter, sondern diese Vorschrift besagt das Gegenteil, nämlich die Haftung des Vertreters (Aufsichtspflichtigen) für den Aufsichtsbefohlenen. Dieser Unterschied ergibt sich aus der Verschiedenheit des Verhältnisses zwischen Haftendem und Täter.

Auch Krückmanns Ausführungen[1]) ist de lege lata nicht zu folgen. Er meint, wenn der Aufsichtspflichtige für die Handlungen des Deliktsunfähigen hafte, sei auch das Umgekehrte wahr: „Der Deliktsunfähige verliert durch das schuldhafte Mitverursachen des Aufsichtspflichtigen, wenn dieses Mitverursachen in der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht besteht, seinen Anspruch gegen den Dritten ganz oder zum Teil nach § 254". Zu einer solchen Auslegung berechtigt uns das Gesetz nicht. Aus § 254 läßt sich der erweiterte Gedanke folgern, der Beschädigte muß sich immer seine Schadenseinwirkung zurechnen lassen, wenn eine im Gesetz begründete Verantwortlichkeit auch Dritten gegenüber besteht. Eine Haftung des Aufsichtsbefohlenen für das Verschulden von Aufsichtspersonen ist nicht niedergelegt, also ist auch in diesem Falle des mitwirkenden Verschuldens eine Berücksichtigung bei der Schadensverteilung unbegründet.

Die bestehende Unbilligkeit wird sich aber dadurch beheben lassen, daß ja der Schädiger von den Aufsichtspflichtigen Ausgleichung verlangen kann[2]). Er hat eine Aufsichtspflicht verletzt und so zur Entstehung des Schadens beigetragen. Gleichzeitig liegt darin eine unerlaubte Handlung dem Beschädigten gegenüber[3]) Es entsteht zwischen dem Aufsichtspflichtigen und dem Schädiger ein Gesamtschuldverhältnis, für das die §§ 421 ff. anzuwenden sind; denn als unerlaubte Handlung im Sinne des § 840 Abs. 1 erscheint

[1]) Krückmann, a. a. O. S. 205.
[2]) siehe auch Mehl, S. 50.
[3]) Vgl. RG-Komm. § 832, 6 b; Staudinger § 832 III 3; Fischer S. 99; Liszt S. 107.

auch die Verantwortlichkeit des Eisenbahnunternehmers aus dem Haftpflichtgesetz[1]). So führt auch das Reichsgericht in der vielerwähnten Entscheidung aus[2]), es müsse genügen, dass der Schädiger — die Eisenbahn — seinen Rückgriff gegen den Vertreter oder die Hilfsperson nehmen könne.

In diesem Zusammenhange wäre noch eine Begriffsbestimmung der Hilfspersonen, deren mitwirkendes Verschulden zu vertreten ist, zu geben. Wir glauben, dass man den Begriff der Hilfspersonen des § 278 und den des zu einer Verrichtung Bestellten den anderen Verhältnissen entsprechend verwerten kann. Ganz allgemein kann eine Fassung des Reichsgerichts[3]) gewählt werden. Der Beschädigte bedient sich dann Hilfspersonen im Sinne des § 254, wenn diese mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat, betraut oder zur Pflege des beschädigten Gutes bestellt waren. Meistens werden Zweifel in dieser Richtung nicht bestehen.

Eine Streitfrage ist zu erwähnen, ob nämlich der Verletzte für den von ihm herangezogenen Arzt „haften" muss, wenn dieser schuldhaft eine Verschlimmerung der Verletzung herbeiführt. Oertmann[4]) ist der Ansicht, für das Verschulden des Arztes sei der Verletzte überhaupt nicht verantwortlich, da sich die nötigen Interessenwahrnehmung nur auf die Zuziehung des Arztes bezog und nicht auf die Behandlung der Wunde. Er und noch einige andere[5]) meinen also, dass der Verletzte seiner Verbindlichkeit Genüge getan hat, wenn er einen approbierten Arzt hinzuzieht. Die Kunstfehler seien im Verhältnis zum Beschädigten nicht mehr bei Erfüllung der Verbindlichkeit begangen. Hiergegen ist folgendes einzuwenden: Es ist nicht einzusehen, warum nur die Interessenwahrnehmung auf die Zuziehung des Arztes beschränkt sein soll, während sie sich z. B. bei Reparaturen, zu denen der

---

[1]) Staudinger § 840, 1.
[2]) RG Bd. 62 S. 350.
[3]) RG Bd. 55 S. 325.
[4]) § 254, 5 b.
[5]) Staudinger § 254, 5; Gottschalk S. 123; RG in JW 1910 S. 63

Beschädigte nicht selbst fähig ist, auch auf die Arbeit des zugezogenen Handwerkers erstreckt[1]).

Andererseits dürfte eine Ungewissheit darüber bestehen, ob man überhaupt den Arzt als Hilfsperson des Beschädigten betrachten kann. Bei Besprechung des Gehilfenbegriffs im § 278 hatten wir jede Person, die mit Wissen und Willen des Schuldners tätig wird, als unter diesen Begriff fallend erachtet. Eine kleine Einschränkung müssen wir aber dahingehend machen, dass völlig selbständige Dritte nicht zu den Erfüllungsgehilfen gehören. Eine Unterordnung muss in gewisser Weise bestehen. Die Erfüllungsperson muss immerhin beeinflusst werden können. Sie ist verpflichtet, den Anordnungen und Anweisungen des Schuldners zu willfahren. Man hat auf Grund dieser Einschränkung eine Haftung für die Post und Eisenbahn aus § 278 abgelehnt[2]). Sie sind keine Erfüllungsgehilfen, denn hier hat sich der Schuldner bedingungslos ihren Bestimmungen zu unterwerfen. Man könnte im Falle der Heranziehung eines Arztes derselben Ansicht sein, u. E. jedoch nicht mit Recht. Es besteht auch hier in gewisser Weise eine Unterordnung. Wenn auch ein Patient infolge seiner Unkenntnisse auf medizinischem Gebiete einem Arzt meist nicht Anordnungen betreffs der Behandlungsweise machen wird, so kann er doch auf ihn einen Einfluss in dieser oder jener Richtung ausüben. Wenn sich ein Arzt selbst von seinem Kollegen behandeln lässt, dürften sogar dies keine Seltenheit sein. Man wird zugeben müssen, dass eine Krankenanstalt für die schuldhaften Fehler ihres angestellten Arztes nach § 278 haften muss. Und auch dieser folgt seinem eigenen Pflichtgefühl und tut, was er für notwendig hält. Dann wird man aber auch annehmen können, dass sich der Beschädigte das Verschulden seines Arztes im § 254 zurechnen lassen muss. Der Arzt hat eine gewisse abhängige Stellung und ist so als Hilfsperson anzusehen. Die besondere Sachkenntnis, die er besitzt, kann nicht dazu führen, seine Gehilfenschaft zu leugnen. Man dürfte dann

---

[1]) Vgl. Plank, § 254, 5.
[2]) Vgl. Bartels, S. 36; Leonhard, Lehrb. S. 63.

auch den kaufmännischen Leiter einer Fabrik für das Verschulden eines technischen Angestellten nach § 278 nicht haften lassen. Ob der Schuldner im einzelnen Fall die Leistung auch selbst auszuführen imstande wäre, ist unerheblich[1]). Danach würden wir meinen, der Beschädigte müsse sich das Verschulden seines Arztes anrechnen lassen. Auf Grund des Vertrages kann er dann diesen Schaden von seinem Arzt zurückfordern. Wir kommen so zu einem Ergebnis, das wohl zu billigen ist[2]).

### III. Die Ansicht des Reichsgerichts.

An einigen Entscheidungen möge die Stellung des Reichsgerichts zu dieser Frage gezeigt werden. In einer Entscheidung im 55. Band[3]) berührt das RG wohl zum ersten Mal das umstrittene Problem, wenn es auch hier eine Untersuchung ablehnt, ob eine Verantwortlichkeit für ein Verschulden des Vertreters sich, abgesehen von der Bestimmung in § 254 Abs. 2 aus Abs. 1 ableiten lässt. Es erklärt in dieser Entscheidung, dass eine Anwendung des § 278 im Absatz 2 deshalb vorgeschrieben sein konnte, weil das Gesetz hier von der Unterstellung ausginge, der Beschädigte sei dem Gegner verpflichtet, ihn auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen usw. Es scheint, als ob hier das Reichsgericht allein auf Grund der unterstellten Verpflichtung, die keine Rechtspflicht enthält, § 278 entsprechend anwenden will. Es wäre dies eine Ansicht, die von unserer Auffassung abweichen würde.

In einer späteren Entscheidung[4]) wird § 278 auch im Absatz 1 des § 254 für entsprechend anwendbar erklärt. Unter teilweiser gleicher Begründung, wie der unsrigen, tritt es für eine Erweiterung der äusseren Anwendungskraft der Verweisung ein. Dass aber auch materiell-rechtlich keine Be-

---

[1]) Vgl. GGR-Komm. § 278, 3.

[2]) Das RG hat in einem ähnlichen Falle dem Beschädigten das Verschulden seines Rechtsanwalts zugerechnet. RG 55 S. 329. Im Ergebnis wie hier Nathan S. 35 ff; Kupsch S. 37 f.

[3]) RG Bd. 55 S. 331.

[4]) Bd. 62 S. 106.

denken bestehen, wird folgendermassen ausgeführt. „Erwägt man, dass auch der § 254 Abs. 1 ein bestimmtes Verhalten des Beschädigten voraussetzt, wenn anders dieser nicht Gefahr laufen will, den Anspruch auf Ersatz ganz oder teilweise zu verlieren, so führt die entsprechende Anwendung des § 278 zu der Annahme, dass das Gesetz, indem es dem Beschädigten mittelbar eine Verbindlichkeit zu jenem Verhalten dem Gegner gegenüber auferlegt, ihn als „Schuldner" behandelt und damit zugleich für ein Verschulden derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, haftbar macht."

Auch diese Begründung des 7. Zivilsenates ist eine ziemlich unklare, und es scheint deshalb die einige Zeit später gefällte Entscheidung des 6. Zivilsenats[1]) ihr zu widersprechen. Der 7. Senat erwähnt mit keinem Wort, dass in dem zu enscheidenden Fall ein bestehendes Schuldverhältnis vorlag[2]), sondern rechtfertigt die Anwendung des § 278 in § 254 Abs. 1 nur damit, dass hier das Gesetz dem Beschädigten mittelbar eine Verbindlichkeit auferlegt habe. Diese Entscheidung bewegt sich scheinbar in denselben Gedankengängen wie die oben erwähnte. Eine derartige mittelbare Verpflichtung haben wir nicht als den realen Inhalt eines Schuldverhältnisses anerkannt.

Dem 6. Senat lag folgender Fall zur Entscheidung. Ein dreijähriges Kind stürzt aus dem Eisenbahnwagen und beschädigt sich schwer. Durch den Vater als gesetzlichen Vertreter erhebt es Klage auf Schadenersatz. In der Begründung dieser Entscheidung führt das Reichsgericht aus: „§ 254 sei, wie sich aus der Stellung ergäbe, auf alle Schadenersatzverpflichtungen anzuwenden, § 278 dagegen begründe nur eine Haftung des Schuldners für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seiner Hilfspersonen, wenn diese in Erfüllung einer Verbindlichkeit gefehlt hätten, setze also ein bestehendes Schuldverhältnis voraus. Dies müsse auch für die entsprechende Anwendung in § 254 gelten, sei es,

[1]) RG Bd. 62 S. 349.

[2]) Es bestand ein Werkvertrag. Es ist also u. E. das Ergebnis einwandfrei, nur nicht die Begründung.

dass man eine zu erfüllende Verpflichtung auf Seiten des Beschädigten fordere, sei es, dass man die Verweisung dahin verstehe, dass überall da, wo für den Schädiger und Ersatzpflichtigen § 278 Platz zu greifen habe, also auf seiner Seite eine zu erfüllende Verpflichtung vorläge und verletzt würde, für das mitwirkende Verschulden auf der Seite des Beschädigten in gleicher Weise die Haftung für jene Person einzutreten habe.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Die weiteren Ausführungen des 6. Senats dagegen müssen zu Bedenken Anlass geben: „Zwischen dem Schädiger und dem Verletzten bei einer unerlaubten Handlung besteht aber vor der Begehung der letzteren auf keiner Seite irgend ein Schuldverhältnis, erst durch die unerlaubte Handlung treten sie zueinander in gewisse Rechtsbeziehung; es ist auf der einen Seite ein Gläubiger, auf der anderen Seite ein Schuldnerverhältnis, wenn der Schade schon eingetreten ist, bereits entstanden, wenn er noch droht, noch im Entstehen begriffen und aus diesem ursächlich begründeten Gläubigerverhältnis können nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gewisse Diligenzpflichten gegen den anderen Teil für den Beschädigten abgeleitet werden, wie in ausdrücklicher positiver Bestimmung hinsichtlich der Abwendung und Minderung des Schadens, — der Dritte in § 254 Abs. 2 herausgehobene Diligenzfall, der Hinweis des Schädigers auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens kommt nach dem Gesagten für das Gebiet der unerlaubten Handlungen nicht wohl in Betracht, — das Gesetz im Abs. 2 § 254 das Gesetz dem Beschädigten dem Schädiger auferlegt. Insoweit es sich daher um die Abwendung eines . . . . . drohenden und um die Minderung eines . . . . . Schadens handelt, stellen die bezeichneten gesetzlichen Diligenzpflichten im § 254 sich als Verpflichtung gegenüber der Person des Schädigers im Sinne des § 278 dar, die dessen entsprechende Anwendung auch ausserhalb des Gebietes der rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten gestatten und rechtfertigen."

Das Reichsgericht versucht wieder, die entsprechende Anwendung des § 278 im Abs. 2 zu erklären und zwar

ausserhalb des Gebietes der rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten. Es behandelt die zwei im Absatz 2 genannten Fälle, die Abwendung eines drohenden und die Minderung eines entstandenen Schadens in gleicher Weise, indem es von einem ursächlich begründeten Gläubigerverhältnis spricht, aus dem gewisse Diligenzpflichten für den Beschädigten bestehen, die sich als Verpflichtungen im Sinne des § 278 darstellen sollen.

Wir können diesen Ausführungen nicht beipflichten. Im Falle eines drohenden Schadens kann man nicht von einem ursächlich begründeten Gläubigerverhältnis reden. Wenn eine Schädigung erst im Bereich der Möglichkeit liegt, können nicht schon Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien bestehen. Der Schädiger kann den drohenden Schaden noch beheben, bevor überhaupt eine Einwirkung in die Sphäre eines anderen eingetreten ist. Ein bestehendes Schuldverhältnis, das § 278 verlangt, liegt also nicht vor.

Anders dürfte es im Falle der Minderung eines bestehenden Schadens sein. Hier ist durch den Eingriff ein gesetzliches Schuldverhältnis entstanden. Damit ist eine Verbindlichkeit geschaffen worden, wie auch Plank[1]) ausführt: „Es genügt, wenn die Verpflichtung zugleich mit dem Eingriff ensteht.“ Wird jetzt die indirekte Verpflichtung des § 254 durch eine Hilfsperson verletzt, so dürfte einer entsprechenden Anwendung des § 278 nichts im Wege stehen.

In späteren Entscheidungen, im 75. und 77. Band[2]) erklärt nunmehr das Reichsgericht in klarer Form, dass eine entsprechende Anwendung des § 278 in § 254 Abs. 1 auch gestattet ist, soweit die Erfüllung einer Verbindlichkeit in Frage kommt. Vor Begehung einer unerlaubten Handlung sei aber ein Schuldverhältnis durch den Schädiger und Beschädigten nicht vorhanden. In der ersteren der erwähnten Entscheidung wirft es zum ersten Mal die Frage auf, ob nicht eine entsprechende Anwendung des § 831 in solchen Fällen am Platze sei. Sie wird hier noch unentschieden gelassen. Dagegen bejaht das Reichsgericht diese Frage im

[1]) Planck § 278, 1a.
[2]) RG Bd. 75 S. 258; Bd. 77 S. 212.

77. Bande und führt in einer Entscheidung im 79. Band[1]) aus, es hielte an seiner „wiederholt ausgesprochenen Auffassung“ fest.

Von den neueren Entscheidungen ist besonders ein Urteil des 3. Senats vom 1. Oktober 1915 erwähnenswert[2]). Da die von uns entwickelte Ansicht über die Behandlung des mitwirkenden Verschuldens von Hilfspersonen der hier zugrunde gelegten Auffassung besonders nahe steht, möge auch der Wortlaut dieser Entscheidung näher mitgeteilt werden. Folgender Tatbestand lag vor: Als die Dreschmaschine des Beklagten unter Leitung der Söhne des Klägers arbeitete, geriet dessen Scheune in Brand. Der Kläger führt den Brand auf ein Verschulden des Beklagten und seines Maschinenführers zurück und verlangt Schadensersatz auf Grund des Vertrages und wegen unerlaubter Handlung.

„Das Reichsgericht hat wiederholt anerkannt, dass die im Abs. 2 Satz 2 erwähnte Vorschrift des § 278 auch auf das im Abs. 1 des § 254 behandelte bei der Enstehung eines Schadens mitwirkende Verschulden anzuwenden ist. Da nur immer eine entsprechende Anwendung des § 278 in Frage kommt, braucht es sich nicht um die Erfüllung einer Verbindlichkeit im Rechtssinne zu handeln. Es genügt, wenn etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches vorliegt, was erfüllt werden kann. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn durch Vertrag ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien begründet ist und innerhalb desselben eine gewisse Tätigkeit, hier die Leitung der Drescharbeiten, dem Beschädigten zusteht. War der Kläger nach dem Vertrage zu dieser Leistung nur berechtigt, nicht verpflichtet, so musste er dennoch, wenn er die Folgen des § 254 vermeiden wollte, bei Ausübung dieser Tätigkeit gerade mit Rücksicht auf sein Verhältnis zu dem Beklagten die Sorgfalt anwenden, die in seinem eigenen Interesse geboten war. Überliess er das, was er selbst hätte tun sollen, anderen Personen, so ist es folgerichtig, dass er, soweit es sich um die Beobachtung jener Sorgfalt handelt,

[1]) Bd. 79 S. 319; Bd. 77 S. 212 ist auf S. 72 dieser Arbeit im Wortlaut zitiert.

[2]) RG in Seuff. Arch. Bd. 71 S. 185.

auch die Verantwortung über die Personen übernimmt und ihre Nachlässigkeit gegenüber dem Beklagten in der gleichen Weise vertritt wie eigenes Verschulden."

Endlich dürfte noch eine Entscheidung aus letzter Zeit nämlich vom 8. November 1922 angeführt werden[1]).

„Wo es sich um das Verhalten einer Hilfsperson des Beschädigten und die Frage handelt, inwiefern letzterer dafür einzustehen hat, kann für die Abwägung nach § 254 anstatt des § 278 nur der § 831 in entsprechender Anwendung herangezogen werden, wodurch eine gleichgeartete Verantwortlichkeit auf Seiten des Schädigers und des Beschädigten für dritte Personen hergestellt wird, die dem Geiste des Gesetzes entspricht."

[1]) RG im Recht 1923 S. 325.

Ich versichere, dass ich die vorstehende Arbeit selbständig angefertigt und mich dabei keiner anderen als der von mir angegebenen Schriften bedient habe.

**Heinz Freytag**
Referendar.

# Lebenslauf.

Ich wurde als Sohn des Kaufmanns Willi Freytag und seiner Ehefrau Adelheid, geb. Drenckmann am 2. Nov. 1903 in Magdeburg geboren. Nach 9jährigem Besuch des König-Wilhelm-Gymnasiums zu Magdeburg wandte ich mich nach bestandenem Abiturienten-Examen im Jahre 1922 dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Marburg und München zu. Am 20. März 1926 bestand ich die erste jur. Staatsprüfung in Cassel und promovierte dann in Marburg.

# Literatur.

**Bartels,** Die Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen nach § 278. Marburg 1925.

**Bernhöft** und **Binder**, Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

**Brückner,** Die (privatrechtliche) Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer. Hannover 1901.

**Cohn,** Untersuchungen zu § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuches in Gruchots Beitr. zur Erl. des deutschen Rechts, Bd. 43.

**Cosack,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I 1913.

**Croissant,** Eigenes Verschulden und Handlungsfähigkeit. Straßburg 1893.

**Crome,** System des deutschen Rechts, I 1900.

**Dernburg,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

**Elsaß,** Das eigene Verschulden im § 254 BGB. Leipzig 1913.

**Endemann,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1903.

**Enneccerus,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 1923.

**Feder,** Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1902.

**Fischer, K.** Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1904.

**Gottschalk,** Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten. Berlin 1903.

**Grünebaum,** Mitwirkendes Verschulden der Hilfspersonen des Beschädigten, im Recht 1908 S. 97.

**Heinzheimer,** Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 95 S. 234.

**Heuer,** Ein Beitrag zur Lehre vom konkurrierenden Verschulden, im Recht 1902.

**Hinze,** Zur Haftung für fremdes Verschulden bei konkurrierendem außervertraglichen Verschulden. JW 1908 S. 230.

**Hoffmann,** Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Halle 1902.

**Höchster,** Die Grenze der Haftung Unzurechnungsfähiger, im Arch. f. ziv. Prax. Bd 104. 427.

**Jähnichen,** Die Haftung des Schuldners für Gehilfenverschulden nach § 278.

**v. Jhering,** Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

**Kahn,** Culpakompensation und Gehilfenhaftung. Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 34.

**Kommentar** der Reichsgerichtsräte 1921.

**Krückmann,** Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit in Jher. Jahrb. f. Dogm. Bd. 55.

**Kupsch,** Das mitwirkende Verschulden der Hilfspersonen des Beschädigten nach § 254 Abs. 2 Satz 2 des BGB.

**Lehmann,** Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.

**Leonhard,** Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 1923.

**Leonhard,** Beweislast. Berlin 1904 u. Berlin 1926.

**Leonhard,** Festschrift für Enneccerus.

**Leonhard,** Auslegung und Auslegungsnormen. Rekoratsrede 1916.

**Liszt,** Deliktsobliagtion im System des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.

**Mehl,** Die Bedeutung der Deliktsunfähigkeit des bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Beschädigten. Leipzig 1910.

**Nathan,** Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen des Beschädigten. Wiesbaden 09.

**Nußbaum,** Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB 1898.

**Oertmann,** Recht der Schuldverhältnisse 1910.

**Oertmann,** Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen in I. A. Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 74 S. 573.

**Pfizer,** Verschulden eines Kindes unter 7 Jahren in der DJZ 1904.

**Philipp,** Die Stellung des § 278 zu dem § 831 BGB 1903.

**Planck,** Kommentar zum BGB: Recht der Schuldverhältnisse II 1 1914.

**Poser,** Der Entlastungsbeweis aus § 831 und seine Bedeutung und Wirkung im wirtschaftlichen Leben. Weida i Thür. 1915.

**Przibilla,** Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen in JW 09 S. 179.

**Rehbein,** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. II 1903.

**Rosenthal,** Das eigene Verschulden des Beschädigten und die Verteilung des Schadens nach § 254 BGB. Limburg 1910.

**Rospatt,** Ein Beitrag zur Lehre vom konkurrierenden Verschulden, im Recht 1902 S. 96.

**G. Rümelin,** Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.

**M. Rümelin,** Gründe der Schadenzurechnung und die Stellung des BGB zur objektiven Schadenersatzpflicht. 1896.

**M. Rümelin,** Verwendung der Kausalbegriffe im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 90 S. 189.

**Schollmeyer,** Kommentar zum BGB Recht der Schuldverhältnisse, 1900.

**Schröder,** Die Bedeutung der Verweisung auf den § 278 im Abs. 2 des § 254 im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 95 S. 298.

**Schultze,** Mitwirkendes Verschulden Unzurechnungsfähiger in nicht rechtsgeschäftlichen Tatbeständen nach § 254. Leipzig 1907.

**Spornhauer,** Die Haftung nach § 831 BGB. Marburg 1916.
**Staub,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1921.
**Staudinger,** Recht der Schuldverhältnisse, I. und II. Teil 1912.
**Stobbe-Lehmann,** Handbuch des deutschen Privatrechts. 3 Aufl. 1898.
**Traeger,** Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.
**Titze,** Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
**Weinreich,** Die Haftung des Schuldners für die Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, nach § 278 BGB.
**Weyl,** System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1905.
**Wendt,** Eigenes Verschulden, in Jher. Jahrb. 31 S. 137 ff.
**Winter,** Haftet der Beschädigte für schuldhaftes zur Entstehung des Schadens mitwirkendes Verhalten seiner Angestellten? I. A. Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 73 S. 352.
**Wolf,** Die Haftung für dritte Personen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, insbesondere die §§ 278 und 831 und ihr Verhältnis zueinander. 1907.
**Zitelmann,** Das Recht des BGB. Leipzig 1900.

BUCHDRUCKEREI
BERNHARD RINDT
KIRCHHAIN